

IN REV
REVISTA JURÍDICA
UNIVERSIDAD DE PUERTO RICO

VOLUMEN 2

AÑO 2019

DERECHO DE MENORES

- 1 Abandonados en la Tierra de Nunca Jamás: Menores transgresores y las sentencias de facto a cadena perpetua sin oportunidad de libertad bajo palabra
Jean-Carlo Andrés Pérez Nieves
- 7 Moratoria al sistema fallido de transferencias de menores a los tribunales de adultos
Iris Y. Rosario Rivera
- 9 Vulnerabilidad, indefensión e hiperpenalización: Una mirada al sistema penal de la juventud de nuestro País
Verónica S. Otero Rivera
- 13 Importante la fiscalización de las intervenciones policiales con menores
Margaret M. Ochoa Espinosa
- 20 El derecho desconocido: la educación preescolar como ejercicio del derecho constitucional al pleno desarrollo humano
Dora M. Hernández Mayoral
Escrito ganador del Certamen de Redacción Jurídica Nilita Vientós Gastón 2019 en la categoría General.
- 31 Cuando el sistema se vuelve cómplice: los fines del castigo en sentencias de adultos para menores
Viviana M. Lebrón Rivera
Escrito ganador del Certamen de Redacción Jurídica Nilita Vientós Gastón 2019, en la categoría Estudiantes de Derecho.
- 41 Historia en tiempos de colonia: la educación como enajenación colectiva
Valerie K. Cruz Negrón
Escrito ganador del Certamen de Ensayos: Voces Juveniles

ANDAMIAJE Y REVITALIZACIÓN EN PUERTO RICO

- 44 La triple exención contributiva: Navaja de doble filo
Amilkar O. Cruz Pastrana
- 49 *Cryptocurrency* en Puerto Rico: Posicionamiento, consideraciones y posibilidades ante las leyes 20 y 22
Verónica S. Otero Rivera
- 57 Ante un purgatorio jurídico: Contextualizando la legalización del cannabis medicinal en Puerto Rico
Joel R. Rodríguez Sánchez
- 64 Ante un purgatorio jurídico: el cannabis medicinal en el contexto laboral
Joel R. Rodríguez Sánchez
- 75 Comentarios sobre la nueva política y marco regulatorio del sistema eléctrico de Puerto Rico
Steven Caraballo Vélez
- 88 Departamento de Seguridad Pública: una mirada introductoria
Joel R. Rodríguez Sánchez
- 93 Realidades y desafíos del Departamento de Seguridad Pública
Joel R. Rodríguez Sánchez
- 97 La educación en precario: crisis fiscales y litigios recientes
José Bernardo Márquez
- 108 El reto del sistema público de enseñanza: con o sin
Margaret M. Ochoa Espinosa

PROPIEDAD HORIZONTAL

- 112 El panorama jurídico actual del alquiler a corto plazo
Margaret M. Ochoa Espinosa
- 120 El fin de la unanimidad y otros apuntes en torno al Proyecto de la Cámara 1874
Verónica S. Otero Rivera
- 130 Trato contributivo sobre los Consejos de Titulares: Propuesta del Proyecto de la Cámara 1874
Verónica S. Otero Rivera

TEMA LIBRE

- 137 Cuando Mickey compró el Millennium Falcon: la Negociación entre Disney y Lucasfilm
Steven Caraballo Vélez
- 143 A un año del Huracán María: Sin un plan de acción para contabilizar las muertes a causa de un desastre natural
Margaret M. Ochoa Espinosa
- 149 Arroyo v. Rosselló: Comments on Gender Discourse
Sebastian Arroyo Ignacio
- 159 El exceso de confianza en los abogados
Amilkar O. Cruz Pastrana
- 166 Mujeres Confinadas: un silencio que grita
Omayra Torres Sánchez
- 168 Alcance de la retroactividad de las normas constitucionales enunciadas jurisprudencialmente: una réplica al profesor Ernesto Chiesa
Iris Y. Rosario Nieves
- 176 Revisitando la transparencia y la democracia: Hacia los 45 años de la *Libertad de Información* de Efrén Rivera Ramos
Verónica S. Otero Rivera
- 183 ¿De las facturas más anchas a los cementerios de palabras?: Una reflexión sobre el derecho electoral puertorriqueño en tiempos recientes
Héctor Luis Acevedo

ABANDONADOS EN LA TIERRA DE NUNCA JAMÁS: MENORES TRANSGRESORES Y LAS SENTENCIAS *DE FACTO* A CADENA PERPETUA SIN OPORTUNIDAD DE LIBERTAD BAJO PALABRA

NOTA

JEAN-CARLO ANDRÉS PÉREZ NIEVES*

EL ESTADO DE DERECHO PUERTORRIQUEÑO ACTUAL SOSTIENE QUE LOS NIÑOS son la base de nuestra sociedad y que, por tanto, el estado tiene el deber de “cuidarlos, protegerlos y garantizarle su seguridad en todo momento”.¹ Esta filosofía del estado paternal y tutelar, sin embargo, ha tomado un giro perjudicial cuando se trata del menor transgresor. Una mirada cercana a la historia de los derechos de los menores transgresores mostraría que tanto en Puerto Rico como en los Estados Unidos su reconocimiento ha recorrido una ruta bastante escabrosa. Como consecuencia, el Tribunal Supremo federal ha derivado de la Constitución una serie de protecciones bajo el fundamento de que los menores son constitucionalmente distintos a los adultos.²

En la actualidad, imperan circunstancias en las que menores de edad pueden ser enjuiciados como adultos e ingresados en las cárceles a pasar el resto de sus vidas.³ Ante esta realidad, el Tribunal Supremo federal determinó, en una serie de casos, que es inherente a las particularidades biológicas de los menores su capacidad disminuida y que las sentencias impuestas tienen que tomar en cuenta esta realidad como atenuante.⁴ Permitir lo contrario es una afrenta a la protección constitucional contra castigos crueles e inusitados de la Octava Enmienda de la Constitución federal, como también de la sección doce del artículo II de la Constitución local.⁵ Corolario a este principio, el Tribunal Supremo federal desalentó, con efecto retroactivo, la imposición de sentencias a cadena perpetua a menores de edad y, en la alternativa, exigió la oportunidad de que convictos bajo este tipo de sentencia tengan el beneficio de probar su rehabilitación para quedar en libertad bajo palabra.⁶

* El autor es estudiante de cuarto año de la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico y Director Asociado de la Revista Jurídica de la UPR.

¹ Exposición de motivos, Ley para la seguridad, bienestar y protección de menores, Ley Núm. 246 de 16 de diciembre de 2012, 2011 LPR 2812.

² *Miller v. Alabama*, 567 U.S. 460, 471 (2012).

³ Ley de menores de Puerto Rico, Ley Núm. 88 de 9 de julio de 1986, 34 LPRA § 2204 (2016).

⁴ *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005).

⁵ U.S. CONST. amend. VIII; CONST. PR art. II, § 12.

⁶ *Montgomery v. Louisiana*, 136 S. Ct. 718 (2016); *Graham v. Florida*, 560 U.S. 48 (2010).

Recientemente, el Tribunal Supremo de Puerto Rico rechazó atender un caso donde un convicto fue sentenciado a 372 años de prisión por la suma de penas consecutivas en eventos ocurridos cuando era menor de edad. En *Pueblo v. Álvarez Chevalier*, el juez asociado Rafael Martínez Torres expresó que dicha sentencia no le privaba al convicto el beneficio de probar su rehabilitación ante la Junta de Libertad Bajo Palabra, aun si esa oportunidad nacía al momento de haber cumplido noventa y siete años de su sentencia en prisión.⁷ Las circunstancias del caso desatparon uno de los vacíos jurídicos que dejó la norma jurisprudencial federal. De cara a los argumentos esbozados por el foro federal, ¿debe aplicar el mismo principio de culpabilidad atenuada cuando, impuesta sobre un menor, una sentencia *de facto* no permite una probabilidad real de que este pueda aspirar a la libertad bajo palabra?

I. LA CAPACIDAD DISMINUIDA Y LA DOCTRINA DE CULPABILIDAD ATENUADA

Tanto la Constitución de los Estados Unidos como la Constitución de Puerto Rico prohíben la imposición de castigos crueles e inusitados a las personas convictas de delito.⁸ Dichas disposiciones tienen como propósito lograr la debida proporción entre la pena impuesta y la gravedad de la conducta delictiva.⁹ De esta forma, el Tribunal Supremo de Puerto Rico también ha interpretado que nuestra Constitución requiere que la imposición de las sentencias no sean arbitrarias y ordena a solo aplicar aquella “pena menos restrictiva de libertad para lograr el fin por el cual se impone”.¹⁰

La capacidad disminuida como base de la doctrina de culpabilidad atenuada se estableció en *Roper v. Simmons*. En *Roper*, el Tribunal determinó que condenar a un menor de edad a la pena de muerte constituye una violación a la prohibición de castigos crueles e inusitados de la Octava Enmienda de la Constitución federal.¹¹ El Tribunal expresó que, en comparación con los adultos, existen tres diferencias psicosociales inherentes a la adolescencia que atenúan la culpabilidad de los menores.

La primera diferencia reconocida por el Tribunal es que durante la minoría de edad la persona es aún inmadura y su sentido de responsabilidad no está completamente desarrollado. Basado en evidencia científica, el Tribunal determinó que

⁷ *Pueblo v. Álvarez Chevalier*, 2018 TSPR 20, en la pág. 1 (Martínez Torres, voto de conformidad).

⁸ CONST. PR art. II, § 12; U.S. CONST. amend. VIII.

⁹ 4 DIARIO DE SESIONES DE LA CONVENCION CONSTITUYENTE 3186 (1952).

¹⁰ *Pueblo v. Pérez Zayas*, 116 DPR 197, 201 (1985). Véase *Pueblo v. Echevarría Rodríguez I*, 128 DPR 299, 373 (1991) (determinando que el cuestionamiento de proporcionalidad requiere necesariamente hacer un balance entre: (1) el daño causado a la víctima y a la sociedad; (2) la culpabilidad o la actitud mental del acusado al perpetrar los hechos, y (3) si el convicto tendrá la oportunidad de disfrutar el beneficio de libertad bajo palabra).

¹¹ *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005).

sus decisiones arriesgadas no son producto de una reflexión ponderada sino, más bien, de su impulsividad.¹²

La segunda diferencia contempla la vulnerabilidad a influencias negativas externas y a las presiones de grupo. En ocasiones, estas influencias provienen de su propio círculo familiar o de un entorno inmediato que el adolescente no controla, ni tiene autonomía suficiente como para abstraerse de ese tipo de ambiente.¹³

La tercera diferencia toma en cuenta la maleabilidad del carácter de la persona durante la minoridad y concluye que los rasgos de personalidad que exhibe durante la misma son transitorios. De esta manera, esa misma transitoriedad hace que estos sean más susceptibles al cambio, aumentando así sus probabilidades de una rehabilitación exitosa.¹⁴

El Tribunal Supremo federal volvió a esbozar la doctrina de culpabilidad atenuada en *Graham v. Florida*, al declarar inconstitucional las condenas a cadena perpetua sin el beneficio de libertad bajo palabra por delitos cometidos por menores que no conlleven homicidio.¹⁵ Debido a que la culpabilidad moral de los jóvenes es menor que en los adultos, el Tribunal razonó que el análisis de proporcionalidad al establecer la pena debe ser uno distintivo, que considere la edad del menor al momento de los hechos. El Tribunal resaltó que, dado que la cadena perpetua sin posibilidad de libertad bajo palabra es la segunda pena más severa en el ordenamiento penal, la misma resulta mucho más gravosa para los jóvenes ya que, por su corta edad, pasarán más tiempo de sus vidas encerrados en comparación con adultos que reciban sentencias similares. Asimismo, esta condena comparte características similares con la pena de muerte al alterar irrevocablemente la vida de los jóvenes que quedan privados de cualquier esperanza de rehabilitación real. Por tanto, la Octava Enmienda no permite que las mismas sean impuestas a menores por ser desproporcionales y bajo el entendimiento de que existe la posibilidad de rehabilitación y reconciliación con la sociedad. Bajo esta premisa, “el menor de edad no debe ser privado de la oportunidad de poder desarrollar una madurez de juicio y de reconocimiento personal del valor y potencial del ser humano”.¹⁶

El Tribunal también determinó, como en *Roper*, que ni la retribución ni la disuasión ni la seguridad comunitaria como medida cautelar, son, por sí solas, justificaciones proporcionales para permitir las condenas a cadena perpetua sin oportunidad de libertad bajo palabra en delitos que no sean de homicidio.¹⁷

En *Miller v. Alabama*, el Tribunal volvió a utilizar como fundamento los tres elementos de *Roper* sobre la capacidad disminuida de los menores para declarar

¹² *Id.* en la pág. 569.

¹³ *Id.*

¹⁴ *Id.* en la pág. 570.

¹⁵ *Graham v. Florida*, 560 U.S. 48 (2010).

¹⁶ *Id.* en la pág. 79 (traducción suplida) (“Maturity can lead to that considered reflection which is the foundation for remorse, renewal, and rehabilitation”). *Id.*

¹⁷ *Id.* en la pág. 71.

inconstitucional, bajo la Octava Enmienda, las sentencias automáticas a cadena perpetua sin el beneficio de libertad bajo palabra, aún en casos de homicidio.¹⁸ El Tribunal razonó que las sentencias automáticas, por su definición, no toman en cuenta como atenuante la capacidad disminuida del menor al momento de los hechos. Resulta en un castigo desproporcional a la luz de la Constitución toda sentencia que ignore esa realidad como parte de su análisis.

En *Miller*, el Tribunal atendió directamente la norma de *Graham* en cuanto a que en ese caso no se contemplaban los crímenes de homicidio como parte de la protección constitucional contra castigos crueles e inusitados. No obstante, el Tribunal expresó que el razonamiento de la capacidad disminuida no puede ser uno sobre delitos específicos.¹⁹ Como consecuencia, el Tribunal determinó que, una vez tomada en consideración la capacidad disminuida del menor al momento de los hechos, la imposición de la pena más severa debe darse únicamente en casos excepcionales y altamente raros.²⁰ Aun así, el Tribunal decretó tajantemente que, como norma, “la imposición de las penas más severas sobre los ofensores juveniles no pueden proceder como si no fueran menores de edad”.²¹

Finalmente, en *Montgomery v. Louisiana*, el Tribunal resolvió que *Miller* estableció una norma de naturaleza sustantiva y, por tanto, es de aplicación retroactiva en virtud de la Constitución.²² El Tribunal destacó que son altamente raros los casos de jóvenes que no pueden modificar comportamientos típicos de la juventud, por lo que merecen tener la oportunidad demostrar que se han rehabilitado y que pueden ser reintegrados a la sociedad.

II. PUEBLO V. ÁLVAREZ CHEVALIER: DE ESPALDA AL MANDATO FEDERAL

Álvarez Chevalier fue sentenciado a cumplir penas consecutivas por hechos relacionados con dos asesinatos.²³ Según el juez asociado Martínez Torres, *Miller* permite la imposición de penas por asesinato a cadena perpetua, siempre que el menor sea elegible a libertad bajo palabra.²⁴ Bajo este supuesto, analizó el Juez Asociado, un menor de edad que ha sido sentenciado por delitos consecutivos que suman a una cadena perpetua *de facto* cumple con la norma *Miller* si se le provee la oportunidad de salir bajo libertad bajo palabra, aun si esta oportunidad es a casi 100 años de haber comenzado la sentencia.²⁵ El efecto que tiene ignorar esta realidad conlleva sobrepasar lo que intentó hacer el Tribunal Supremo federal con *Miller*: prohibir la imposición de penas automáticas a cadenas perpetuas que no

¹⁸ *Miller v. Alabama*, 567 U.S. 460 (2012).

¹⁹ *Id.* en la pág. 473.

²⁰ *Id.* en la págs. 479-80.

²¹ *Id.* en la pág. 474 (traducción suplida) (énfasis suplido).

²² *Montgomery v. Louisiana*, 136 S. Ct. 718 (2016).

²³ *Pueblo v. Álvarez Chevalier*, 2018 TSPR 20, en la pág. 1 (Martínez Torres, voto de conformidad).

²⁴ *Id.*

²⁵ *Id.*

permitan que el menor de edad pueda aspirar al beneficio de libertad bajo palabra. Ciertamente la imposición de penas consecutivas que permitan la opción de libertad bajo palabra solo en un tiempo que exceda la expectativa de vida natural del convicto, va en contradicción con lo establecido por *Graham y Miller*.²⁶ Tomando en cuenta esta realidad, tribunales estatales en distintos estados han reconocido que sentencias netas de 45, 50, 52 y 110 años pueden tener el efecto *de facto* de convertirse en condenas a cadena perpetua contrarias a la norma *Graham y Miller* cuando no permiten que el convicto tenga la opción de salir en libertad con algún tipo de condición.²⁷

En sus expresiones, el Juez Asociado también desalienta la revisión de una sentencia que busca “justificar que se libere a quien todavía no ha pagado ni una cuarta parte de su deuda con la sociedad” y a quien debió “tomar en cuenta que delinquir tiene consecuencias graves”.²⁸ Esta aseveración supone que la retribución es el fin principal del castigo impuesto al menor. No obstante, el Tribunal Supremo federal, tanto en *Graham* como en *Miller*, expresó que la retribución no puede justificarse contra un menor de la misma manera en que ocurre contra un adulto.²⁹

El Tribunal Supremo federal expresamente indicó que las tres diferencias que dan paso a la doctrina de capacidad disminuida en menores de edad discutidos en *Roper*— impulsividad, vulnerabilidad y el carácter transitorio y cambiante del menor— trabajan a favor del ideal de la rehabilitación.³⁰ Contrario a lo que indica el voto de conformidad en *Álvarez Chevalier* al expresar que “[h]ay maneras de rehabilitarse . . . en la cárcel . . . [que] no conlleva[n] siempre salir de prisión”,³¹ el Tribunal determinó en *Miller* que una “[condena] a cadena perpetua sin libertad condicionada [a un menor] renuncia de por sí al ideal de la rehabilitación”.³²

El Juez Asociado también indicó que el peticionario no había demostrado haber sido rehabilitado.³³ No obstante, es precisamente la oportunidad de demostrar su rehabilitación ante la Junta de Libertad Bajo Palabra lo que el Tribunal Supremo federal busca con las normas emitidas en *Graham y Miller*, y lo que el Tribunal Supremo local está impidiendo al denegar, en este caso, el recurso de *certiorari*. Suponer lo contrario es concluir que el menor de edad es incorregible y, como determinó el Tribunal Supremo federal, la “incorregibilidad es inconsistente con la juventud”.³⁴

26 CARA DRINAN, *THE WAR ON KIDS* 135 (2016).

27 *Casiano v. Comm’r of Corr.* 115 A.3d 1031 (Conn. 2015); *Bear Cloud v. State*, 334 P.3d 132 (Wyo. 2014); *State v. Null*, 836 N.W.2d 41 (Iowa 2013); *People v. Caballero*, 282 P.3d 291 (Cal. 2012).

28 *Álvarez Chevalier*, 2018 TSPR 20, en la pág. 1 (Martínez Torres, voto de conformidad).

29 *Miller v. Alabama*, 567 U.S. 472 (2012).

30 *Id.*

31 *Álvarez Chevalier*, 2018 TSPR 20, en las págs. 1-2 (Martínez Torres, voto de conformidad).

32 *Miller*, en la pág. 473.

33 *Álvarez Chevalier*, 2018 TSPR 20, en las págs. 1-2 (Martínez Torres, voto de conformidad).

34 *Miller*, en las págs. 472-73.

CONCLUSIÓN

El Tribunal Supremo de Puerto Rico se negó a reconocer y adoptar las normas establecidas por el Tribunal Supremo federal, evadiendo cumplir con su mandato de conceder —como mínimo— los mismos derechos que la Constitución federal concede. Esa postura es un tanto preocupante. La doctrina de culpabilidad atenuada precisamente fue desarrollada para aplicarla en contemplación a penas automáticas impuestas a menores, por entender que estas no permiten que el juez tome en cuenta la minoridad de edad al imponerlas. No veo razón alguna para concluir que el caso es distinto cuando la pena exorbitante se debe a la imposición de penas consecutivas que, en conjunto, tienen el efecto de privar una verdadera oportunidad del convicto poder regresar rehabilitado a la libre comunidad.

MORATORIA AL SISTEMA FALLIDO DE TRANSFERENCIAS DE MENORES A LOS TRIBUNALES DE ADULTOS

COMENTARIO

IRIS Y. ROSARIO RIVERA*

HACE VEINTINUEVE AÑOS SE APROBÓ LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS del Niño, tratado internacional firmado bajo el marco de la Organización de las Naciones Unidas, compuesto por cincuenta y cuatro artículos que recogen los derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos de todos los niños, las niñas y los adolescentes.¹ Aun cuando el acuerdo fue ratificado por 195 países, desafortunadamente Estados Unidos nunca se comprometió a acogerse al mismo. De esa forma, se negó a unirse al reclamo ratificado por varias naciones del mundo que buscaba garantizar, por ejemplo, la prohibición de imponer la pena de muerte o sentenciar a cadena perpetua a menores de dieciocho años que hubiesen tenido un conflicto con la ley penal. De hecho, por muchos años, Estados Unidos dedicó una parte importante de su aparato penal para juzgar como adultos a jóvenes menores de dieciocho años de edad.

En Puerto Rico dicha práctica comenzó a estilarse terminados los años ochenta. Así las cosas, cualquier joven de entre catorce a diecisiete años que cometiese un asesinato mediando deliberación o premeditación debía ser juzgado como adulto sin que antes se evaluase el contexto sociocultural y psicosocial en el que había crecido.² De esa forma, muchos jóvenes fueron a parar a cárceles de adultos sin que ninguna parte del andamiaje político criminal se detuviese a reflexionar sobre las causas de la conducta penalizada. Con posterioridad, la Legislatura determinó que debía aumentar la edad para que se permitiese el trato de estos jóvenes, tal y como si fuesen adultos. Por eso, desde 1991 son procesados y penados como adultos los jóvenes entre las edades de quince a diecisiete años que cometan un asesinato deliberado o premeditado.³

A pesar de las serias consecuencias que conlleva para un joven un procedimiento mediante el cual se le presume como adulto, ni los legisladores ni los académicos en Puerto Rico se han dedicado a estudiar si la aplicación de esta política tiene los efectos prácticos que se le pretendieron atribuir: disminuir la aplicación de asesinatos por parte de menores de edad. Ni siquiera existen estadísticas sobre

* La autora es abogada litigante de la Sociedad para la Asistencia Legal y profesora adjunta de la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico.

1 Res. A.G. 44/25, Convención sobre los Derechos del Niño (20 de noviembre de 1989).

2 Ley de Menores de Puerto Rico, Ley Núm. 88 de 9 de julio de 1986, 34 LPRA § 2204(2)(b) (1991) (enmendado 1991).

3 Ley Núm. 19 de 11 de julio de 1991, 34 LPRA § 2204(2)(b) (1991 & Supl. 1993) (enmendado 2004).

cuántos menores se han visto afectados por estas políticas. Mucho menos existe un perfil socioeconómico de ellos. Así las cosas, y obviando una de las más serias discusiones del penalismo, no hay datos suficientes para concluir que la política ya referida sirve como un disuasivo.

Lo que sí se sabe es que la Corte Suprema de Estados Unidos expresó que la aplicación de la pena de muerte o de sentencias a cadena perpetua sin libertad bajo palabra impuestas a estos jóvenes lacera dramáticamente el principio de culpabilidad.⁴ La realidad biológica de los menores de edad debe obligar al Estado a imponer un castigo que sea cónsono con su escasez de desarrollo, inmadurez y, por ende, su acreciente capacidad de rehabilitación. Con ello, la Corte provocó que en muchos estados de Estados Unidos se comenzase a evaluar a través de las legislaturas estatales acercamientos que busquen mantener a los menores infractores fuera de los tribunales de adultos. Hago llamar la atención a dos de los acercamientos más importantes: (1) elevar la edad mediante el cual los menores sean juzgados como adultos, y (2) eliminar las transferencias automáticas —renuncias a la jurisdicción del Tribunal de Menores sin que exista la evaluación previa de un juez— a los tribunales criminales de adultos. Esta postura ha estado siendo implementada en varios estados de los Estados Unidos, lo que representa, en definitiva, un cambio paradigmático en el asunto.

En Puerto Rico, lamentablemente, el Tribunal Supremo se negó a aplicar la norma establecida por la Corte Suprema de Estados Unidos. Como consecuencia, denegó recientemente, a un joven sentenciado hace veintiocho años la oportunidad de evaluar la corrección de una sentencia de 374 años que le fue impuesta.⁵ La Cámara de Representantes reaccionó con un proyecto tripartita, Proyecto de la Cámara 1479, de la autoría de los representantes María Charbonier, Denis Márquez, José Meléndez y Luis Vega, que busca reconocer la culpabilidad disminuida de los menores en estos casos.⁶ Desde el mes de septiembre de este año dicho proyecto se encuentra bajo la consideración de la Comisión de Seguridad del Senado sin que se haya evaluado.

Reconociendo la importancia de la Convención sobre los Derechos del Niño en este aniversario y sabiendo que nos encontramos viviendo una crisis económica que impacta desproporcionalmente a los niños de este País, Puerto Rico debería aprovechar la oportunidad para repensar sus posturas e implementar una moratoria a esta nefasta política que ignora los derechos reconocidos a los menores de edad. Con dicha moratoria podría evaluarse detenidamente si la política ya mencionada ha tenido algún efecto concreto en la incidencia de asesinatos en la Isla y si corresponde —no solo jurídicamente, sino también éticamente— juzgar a un joven con la misma rigurosidad que se hace con un adulto.

4 Miller v. Alabama, 567 U.S. 460 (2012); Roper v. Simmons, 543 U.S. 551 (2005).

5 Pueblo v. Álvarez Chevalier, 199 DPR 735 (2018).

6 P. de la C. 1479 de 6 de marzo de 2018, 3ra Ses. Ord., 18va Asam. Leg.

VULNERABILIDAD, INDEFENSIÓN E HIPERPENALIZACIÓN: UNA MIRADA AL SISTEMA PENAL DE LA JUVENTUD DE NUESTRO PAÍS

RESEÑA

VERÓNICA S. OTERO RIVERA*

“Todas las personas grandes han sido niños antes. (Pero pocas lo recuerdan)”.¹
Antoine de Saint-Exupéry

ENTRE SUSPIROS Y EL SILENCIO ENSORDECEDOR DE LA INDIGNACIÓN SE ENCONTRA la audiencia en nuestra Aula Magna este pasado viernes, 30 de noviembre de 2018. La *Primera conferencia magistral Microjuris: Juventud y país* versó sobre los niños y jóvenes en nuestro país, el perfil demográfico de la juventud y el trato que el Estado, le confiere a una de las poblaciones más importantes en nuestra Isla que, sin embargo, es de las más vulnerables.

Como preámbulo de la conferencia, la profesora Iris Y. Rosario Nieves y el licenciado Jaime Conde discutieron lo que podría considerarse la máxima expresión del punitivismo contra los menores de edad en nuestro ordenamiento: las renunciaciones automáticas de jurisdicción. Las cuales se tratan de un mecanismo procesal que permite al Tribunal de Menores renunciar a su jurisdicción para cederle al Tribunal Superior la facultad de procesar como adultos las faltas cometidas por ciertos menores de edad. De forma que estos jóvenes sean procesados bajo los mismos estándares procesales y sustantivos que los adultos.

La profesora Rosario Nieves señaló que este mecanismo procesal nació como consecuencia directa de una combinación entre las crecientes críticas al Estado benefactor a finales del pasado siglo y del precedente establecido por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en *Kent v. United States*.² En *Kent*, la Corte Suprema de los Estados Unidos resolvió que la renuncia de jurisdicción por parte del Tribunal de Menores para el Distrito de Columbia, con respecto al caso de un menor acusado de escalamiento, robo y violación sexual, era inválida. Por lo tanto, la misma no debía responder a la arbitrariedad del principio de *parens patriae* en detrimento de los derechos del menor.³ Rosario Nieves sugiere que, como reacción a dicho precedente, este mecanismo se popularizó entre las legislaturas

* La autora es Redactora Digital de *In Rev* y estudiante de segundo año del programa nocturno de la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico.

¹ Dedicatoria a León Werth de *El Principito* por Antoine de Saint-Exupéry. Palabras finales de la Licenciada Athelyn Jiménez Emanuelli en su ponencia durante la primera conferencia magistral de Microjuris.

² *Kent v. United States*, 383 U.S. 541 (1966).

³ *Id.* en las págs. 554-56.

estadounidenses vía la reglamentación de procedimientos internos expeditos para juzgar a los menores de edad como adultos. Puerto Rico se unió a esta tendencia al incorporarla en nuestro ordenamiento y, como crítica a dicho mecanismo, alude la profesora Rosario que responde esencialmente a un “punitivismo entero, sin ningún análisis de la teoría de la pena”.⁴

De otra parte, el licenciado Jaime Conde, experto en Derecho de Menores, puntualizó un importante detonante a la hora de discutir cómo abordar el procesamiento de esta población: la cuestión social y los entornos socioculturales. Es decir, estos dos factores hacen de nuestro sistema penal la perfecta fuga de escape para los principales problemas de desarrollo juvenil en nuestra Isla. El licenciado Conde concluyó con que existe un problema estructural en la formación del perfil socioeconómico y demográfico de los jóvenes víctimas de un procesamiento desmesurado.

Así pues, el enfoque de la conferencia magistral no solo estuvo dirigido a abarcar los aspectos legales en torno al procesamiento de menores de edad, sino también a subrayar aspectos de índole estructural señalados por el licenciado Conde. En esa línea, la directora ejecutiva del Instituto del Desarrollo de la Juventud, Amanda Rivera Flores, expuso una radiografía de la condición juvenil en Puerto Rico en comparación con distintas jurisdicciones de los Estados Unidos. No solo cobra importancia discutir estos asuntos por las pésimas condiciones de vida que pueden llegar a sostener los menores en nuestro País, sino también por la preocupante reducción sustancial de este sector en nuestra población. Alude Rivera Flores a la combinación de ciertas tendencias demográficas como causantes de la creciente disminución de niños y jóvenes en la Isla: (1) la reducción en la tasa de natalidad por la crisis económica generalizada en los pasados años; (2) el envejecimiento poblacional, y (3) la creciente emigración de los puertorriqueños. Específicamente, esboza Rivera Flores que entre el año 2007 y 2017 la población juvenil se redujo un 35%.

La urgencia que amerita atender los asuntos de nuestra ya escasa juventud truena en contraste con la mencionada postura procesal que ha asumido el Estado en torno a las actuales medidas punitivas y la teoría de la pena aplicable cuando nuestro sistema penal se vuelca sobre los menores. La licenciada Athelyn Jiménez Emmanuelli aprovechó la coyuntura para presentar una crítica puntual sobre el rol hiperpunitivista, enteramente retributivista y poco protector que ha asumido el Estado en los pasados años. El cual se ve manifestado cada vez que procesa a menores. Tanto la profesora Rosario Nieves, el licenciado Conde y la licenciada Jiménez Emmanuelli señalaron a la minoridad como ficción jurídica y sugirieron lo problemático de atender dicho mito como el fundamento para la acción del Estado. La licenciada Jiménez Emmanuelli esbozó con lucidez el desdoblamiento de dicha quimera:

⁴ Iris Y. Rosario Nieves, Primera conferencia magistral Microjuris: Juventud y país (30 de noviembre de 2018) <https://www.facebook.com/microjurispr/videos/2315079578721505/>.

Visitar los Tribunales de Menores de este país nos llevará irremediablemente a presenciar la manera en que se deja de reconocer los derechos de niños y jóvenes tras el escudo de la protección al menor y la sociedad. Y claro que necesitan nuestra protección, pero ello no significa que debamos permitir la intervención constante de los mecanismos coercitivos del Estado.⁵

La ficción de minoridad es el fundamento por el cual existe legislación que protege los mejores intereses de los niños y los jóvenes. Sin embargo, y como señaló la licenciada Jiménez Emmanuelli, esta no debe usarse por el Estado para adelantar una política pública de hiperpunitivismo contra una de las poblaciones más vulnerables en nuestra sociedad. Haciendo eco a las estadísticas presentadas por Rivera Flores y los señalamientos del licenciado Conde, la licenciada Jiménez Emmanuelli aludió al problema estructural que desemboca en jóvenes que delinquen, el cual debe ser atendido como política pública: “Los perfiles de jóvenes en conflicto con la ley, denotan unas variables socioeconómicas demográficas que deben ser reconocidas al desarrollar política pública en prevención, control del crimen e intervención con ello”.⁶

Finalmente y siguiendo esa línea, el senador José Vargas Vidot hizo un recuento de los proyectos legislativos presentados por él y por el presidente cameral Carlos “Johnny” Méndez, vetados por el gobernador Ricardo Rosselló a principios de este año.⁷ Consciente de la necesidad y con esperanzas de reformar nuestro ordenamiento, el senador Vargas Vidot hizo hincapié al exhortar a la audiencia a reflexionar sobre el perfil demográfico de los jóvenes que ingresan al sistema carcelario: un 43% son víctimas de maltrato, 92% son varones y la mayoría son acusados de delitos contra la propiedad y de posesión de sustancias controladas. En ánimos de enriquecer las discusiones académicas sobre el contraste entre el desarrollo de la justicia juvenil y nuestro derecho penal vigente, el senador Vargas Vidot recalcó —como anteriormente lo hicieron los panelistas anteriores— lo imprescindible de cuestionar cuáles son los factores sociales que inciden sobre la entrada de los jóvenes en el sistema penal para así encaminar hacia dónde debe moverse nuestro ordenamiento de forma que esté armonizado con esa realidad.

Posicionar la justicia juvenil como tema central para el desarrollo de una sociedad civilizada es, a la altura de nuestros tiempos, reiterada norma internacional que parece haberse demorado para Puerto Rico.⁸ Mientras que en los Estados

5 Athelyn Jiménez Emmanuelli, Primera conferencia magistral Microjuris: Juventud y país (30 de noviembre de 2018) <https://www.facebook.com/microjurispr/videos/2315079578721505/>.

6 *Id.*

7 Véase P. de la C. 1035 de 8 de mayo de 2017, 1ra Ses. Ord., 18va Asam. Leg., P. de la C. 1036 de 8 de mayo de 2017, 1ra Ses. Ord., 18va Asam. Leg., presentados por el presidente cameral Carlos “Johnny” Méndez, y el P. del S. 489, de 8 de mayo de 2017, 1ra Ses. Ord., 18va Asam. Leg., presentado por el senador José Vargas Vidot.

8 Véase CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO (1989), para una muestra de la dirección a la que avanzan las sociedades civilizadas en cuanto a la importancia que debe otorgársele al joven a la hora de redefinir nuestros valores como sociedad democrática. Específicamente, su Artículo 37 dispone: “Los Estados Partes velarán por que: a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros

Unidos la norma generalizada de culpabilidad atenuada para casos de menores de edad ha sido establecida en conformidad con las protecciones constitucionales contra cadena perpetua para menores,⁹ nuestro más alto foro respondió en febrero del presente año con una pedante resolución negativa a la solicitud de corrección de sentencia de John Álvarez Chevalier. Quien, a pesar de ser menor de edad al momento del hecho delictivo, continuará cumpliendo una sentencia de 372 años de reclusión, sin libertad bajo palabra hasta cumplidos los primeros noventa y siete años de su condena.¹⁰ Conforme a las expresiones de conformidad del juez asociado Rafael Martínez Torres, como el menor eventualmente tendrá disponible la libertad bajo palabra, consecuentemente la pena impuesta a Álvarez Chevalier va acorde a la norma expuesta por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en *Miller*.¹¹ Sin embargo, resulta imprescindible resaltar que la tendrá disponible si permanece con vida para cuando cumpla unos 114 años.¹²

A la luz de esta resolución, cobra mayor relevancia y urgencia para nuestro País promover espacios de discusión, desde los tribunales hasta la academia. La justicia juvenil en nuestro ordenamiento debe ser presionada con suficiente pulsión para reformar nuestro ordenamiento penal hacia el cumplimiento certero de las garantías constitucionales que también protegen a nuestros menores. Puerto Rico, en la crisis fiscal y social en el que se encuentra sumido, no gana más volcándose sobre las poblaciones más vulnerables como el verdugo que responde a una justicia ciega y excesivamente retributivista.¹³

tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad . . .”.

⁹ *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005); *Graham v. Florida*, 560 U.S. 48 (2010); *Miller v. Alabama*, 567 U.S. 460 (2012); *Montgomery v. Louisiana*, 136 S.Ct. 718 (2016).

¹⁰ *Pueblo v. Álvarez Chevalier*, 199 DPR 735 (2018).

¹¹ *Miller*, 567 U.S. en la pág. 470.

¹² La libertad bajo palabra de Álvarez Chevalier estará disponible en el año 2090.

¹³ Para un análisis sobre este tema véase: Jean-Carlo Andrés Pérez Nieves, *Abandonados en la Tierra de Nunca Jamás: Menores transgresores y las sentencias de facto a cadena perpetua sin oportunidad de libertad bajo palabra*, 2 IN REV UPR 1 (2019) <http://revistajuridica.uprrp.edu/inrev/index.php/2018/08/17/abandonados-en-la-tierra-de-nunca-jamas-menores-transgresores-y-las-sentencias-de-facto-a-cadena-perpetua-sin-oportunidad-de-libertad-bajo-palabra/>.

IMPORTANTE LA FISCALIZACIÓN DE LAS INTERVENCIONES POLICIALES CON MENORES

COMENTARIO

MARGARET M. OCHOA ESPINOSA*

INTRODUCCIÓN

EN TIEMPOS RECIENTES, LA FISCALIZACIÓN DE LAS INTERVENCIONES POLICIALES con menores de edad pertenecientes a minorías raciales y provenientes de contextos socioeconómicos desventajados, ha vuelto a cobrar gran prominencia.¹ Particularmente en Estados Unidos, el uso de la fuerza excesiva por parte de policías en intervenciones con menores de comunidades afroamericanas o comunidades consideradas minoritarias ha suscitado debates significativos. Basta recordar las protestas emblemáticas en Ferguson, Missouri, por la muerte del joven afroamericano, Michael Brown, a manos de un policía;² o el reciente caso en Pittsburg, Pennsylvania de Antwon Rose, un joven de diecisiete años desarmado que, mientras huía después de que habían detenido el vehículo en el que se encontraba, fue asesinado por la policía.³ Sin duda, lo sucedido en Ferguson y otros estados ha puesto a la policía bajo una lupa constante y ha marcado un precedente respecto a lo que se espera de las intervenciones policiales, especialmente aquellas hacia los las personas menores de edad.⁴

Por su parte, en Puerto Rico las intervenciones policiales con menores son recurrentes. En enero de este año la Policía intervino con dos menores, uno de

* La autora es Redactora Digital de *In Rev* y estudiante de segundo año de la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico.

¹ La atención pública hacia este tema varía. Por ejemplo, recordemos el asesinato de Matthew Johnson en California, durante la década de los 60, el cual desembocó en una revuelta de tres días. Will Mack, *Hunter's Point, San Francisco Uprising*, BLACK PAST (19 de diciembre de 2017), <https://www.blackpast.org/aaw/hunter-s-point-san-francisco-uprising-1966/>.

² Julie Bosman & Emma G. Fitzsimmons, *Grief and Protests Follow Shooting of a Teenager*, N.Y. TIMES (10 de agosto de 2014), <https://www.nytimes.com/2014/08/11/us/police-say-mike-brown-was-killed-after-struggle-for-gun.html>.

³ Amy Held, 'Why Are They Shooting?' E. *Pittsburg Enraged Over Police Killing of Black Teen*, NATIONAL PUBLIC RADIO (21 de junio de 2018), <https://www.npr.org/2018/06/21/622174783/why-are-they-shooting-anger-grows-in-pittsburgh-over-police-killing-of-black-tee>.

⁴ Sandhya Somashekhar et al., *Black and Unarmed*, WASH. POST (8 de agosto de 2015), https://www.washingtonpost.com/sf/national/2015/08/08/black-and-unarmed/?utm_term=.8adde6420730.

quince y otro de catorce años, por escalamiento en dos residencias.⁵ El pasado mes de marzo, las autoridades intervinieron con cuatro menores de edad por aparentemente viajar en un vehículo hurtado.⁶ Ese mismo día, la Policía intervino con un menor de quince años por viajar en un vehículo hurtado y por posesión de un arma de fuego y sustancias controladas.⁷ Ante la clara y patente frecuencia de este tipo de interacciones, su fiscalización es imperativa para así salvaguardar los derechos de esta población y evitar casos lamentables como los reseñados en Estados Unidos. En este escrito se analizarán medidas que se pueden tomar para que las intervenciones policiales con menores sean adecuadas y a su vez, se evaluará el panorama en Puerto Rico al respecto.

I. LOS MENORES SON DIFERENTES A LOS ADULTOS

Intervenir con menores es diferente a intervenir con adultos. Científicamente se ha comprobado que el cerebro de un menor procesa, percibe y responde de forma diferente al de un adulto.⁸ En los menores “el lóbulo frontal [del cerebro], el cual gobierna la resolución de problemas o el juicio, no se desarrolla completamente hasta que el joven está en la mitad de sus veinte años, y en algunos casos incluso después [de esta edad]”.⁹ Esto significa que los cerebros de los menores son gobernados por la amígdala cerebral, la cual se encarga del *fight or flight response*.¹⁰ Esto último se refiere a que, como mecanismo de supervivencia ante situaciones de estrés, el ser humano reacciona de dos maneras: confrontando la situación de estrés o huyendo de ella para sentirse seguro.¹¹ Precisamente en los casos de Ferguson y Pittsburg, reseñados al principio de este escrito, ambos jóvenes afroamericanos y desarmados huyeron de la policía y en este proceso fueron asesinados. Ciertamente, las confrontaciones entre policías y menores son impredecibles porque el menor puede reaccionar impulsivamente. Si a lo anterior se le

⁵ El Nuevo Día, *Las autoridades intervienen con dos menores por escalamiento en Guánica*, EL NUEVO DÍA (13 de enero de 2019), <https://www.elnuevodia.com/noticias/seguridad/nota/lasautoridadesintervienencondosmenoresporescalamientoenguanica-2470627/>.

⁶ Metro Puerto Rico, *Intervienen con cuatro menores de edad que guiaban carro robado*, METRO PUERTO RICO (3 de marzo de 2019), <https://www.metro.pr/pr/noticias/2019/03/03/policia-cuatro-menores-carro-robado.html>.

⁷ NotiCel, *Intervienen con menor y joven que cargaban con marihuana y una pistola*, NOTICEL (3 de marzo de 2019), <https://www.noticel.com/la-calle/policiacas/intervienen-con-menor-y-joven-que-cargaban-con-marihuana-y-una-pistola/1048331191>.

⁸ Jeff Q. Bostic et al., *Policing the Teen Brain*, 53 J. AM. ACAD. OF CHILD ADOLES. PSYCHIATRY 127 (2014), [https://jaacap.org/article/So890-8567\(13\)00744-2/pdf](https://jaacap.org/article/So890-8567(13)00744-2/pdf).

⁹ Sarah Childress, *Why Some Officers Are Policing Kids Differently*, PBS (10 de junio de 2016), <https://www.pbs.org/wgbh/frontline/article/why-some-officers-are-policing-kids-differently/> (traducción suplida).

¹⁰ *Id.*

¹¹ *Understanding the stress response*, HARVARD HEALTH PUBLISHING (1 de mayo de 2018), <https://www.health.harvard.edu/staying-healthy/understanding-the-stress-response>.

suma el que los policías no estén entrenados para responder adecuadamente, el riesgo de que ocurran acontecimientos lamentables aumenta.

Un estudio de la Universidad de Missouri encontró que los menores que son detenidos o arrestados por la policía están más propensos a delinquir en el futuro.¹² Ello significa que es probable que las intervenciones policiales con menores resulten en un aumento de crímenes, por lo cual es crucial fijar la lupa sobre cómo estas se llevan a cabo. Un estudio de la organización nacional *Strategies for Youth* finalizado en el 2013, encontró que las academias policiales de treinta y siete estados le dedican menos de un por ciento de la totalidad de horas de entrenamiento al tema de la Justicia Juvenil.¹³ No es irrazonable llegar a concluir que ello implica que estos agentes del orden público no se encuentran apropiadamente adiestrados para intervenir con jóvenes. Para agravar aún más el panorama, debemos tener en cuenta que las interacciones entre agente y menor son ocurrencias del diario vivir de todo policía. Esto significa que, aunque el contacto entre policías y menores se hace cada vez más recurrente, no se está respondiendo a esto con más entrenamiento para que los oficiales entiendan la naturaleza de los menores. Al contrario, si el menor no responde como lo haría un adulto, los oficiales catalogan esa acción u omisión como un desacato, lo arrestan y esto puede a su vez contribuir al aumento de la población de jóvenes encarcelados.

Es imperativo que los oficiales reciban entrenamiento adecuado en comunicación efectiva y estrategias de interacción con jóvenes.¹⁴ El estudio encontró que el entrenar a policías en técnicas sensibles al desarrollo neurológico disminuye en gran manera los arrestos de jóvenes y mejora estas interacciones.¹⁵ Es pertinente aclarar que, aunque estas estrategias sirven para cualquier tipo de intervención con menores, su importancia recae en que sean utilizadas con ofensas menores para que algo mínimo no se convierta en un caso como el de Ferguson. Varias ciudades del estado de Massachusetts adoptaron un entrenamiento de dos días que incluye los siguientes componentes: neurociencia, diferencia en el desarrollo, diferencias en la salud mental de los adolescentes, trauma, factores demográficos y culturales influenciando a los jóvenes, entre otros.¹⁶ Por ejemplo, en el aspecto de neurociencia se le explicó a los oficiales que cuando un policía adulto habla desde el lóbulo frontal del cerebro y un menor responde desde la amígdala cerebral, la conversación requiere que el oficial actúe con paciencia sabiendo que el joven requiere más tiempo para procesar la información o que necesita que le repitan las instrucciones varias veces de manera calmada y que le expliquen el

¹² Childress, *supra* nota 9.

¹³ Strategies for Youth, *If Not Now, When? A Survey of Juvenile Justice Training in America's Police Academies*, STRATEGIES FOR YOUTH 14 (Febrero 2013), https://strategiesforyouth.org/sfysite/wp-content/uploads/2013/03/SFYReport_02-2013_rev.pdf.

¹⁴ Bostic, *supra* nota 8, en la pág. 127.

¹⁵ *Id.*

¹⁶ *Id.*

porqué de las cosas.¹⁷ Del mismo modo, el componente de diferencias en el desarrollo ha permitido a los oficiales entender que cuando los menores están acompañados de sus amigos tienden a asumir actitudes desafiantes para mostrarse con más autoridad y respeto ante sus pares.¹⁸ Igualmente, a los oficiales se les mostró videos de adolescentes con síntomas de enfermedades mentales, se les explicó cómo el estatus socioeconómico o la exposición a la violencia en los hogares tienen un impacto en cómo el menor responde a la policía. Al entrenamiento asistieron adolescentes para que dieran su opinión sobre qué tipo de acercamientos policiales era posible que estos cumplieran o no.¹⁹ A su vez, los oficiales intercambiaron roles con los jóvenes para entender cómo los adolescentes los percibían.²⁰

Sin duda alguna, si se partiera de la premisa de que los menores son diferentes a los adultos y las autoridades entendieran esto, las intervenciones policiales con menores de edad se tornarían distintas. Las autoridades tienen un impacto significativo en el prospecto de vida futura de un menor intervenido y es aquí donde la responsabilidad social de estos entes entra en juego. No debería ser concebible que el desarrollo y futuro de un menor pueda verse afectado por la falta de entrenamiento de un policía y los defectos del sistema correccional. Cabe aclarar que de ninguna manera se está justificando el que un menor cometa faltas o faltas graves como asesinar o robar, sino que independientemente de las faltas cometidas, se debe garantizar a todo menor en esta sociedad que la intervención que va a recibir es por parte de un policía informado y que tiene como prioridad la protección de los derechos civiles de ese ser humano. Precisamente esta debe ser la aspiración en Puerto Rico.

II. INTERVENCIONES POLICIALES CON MENORES EN PUERTO RICO

La Policía de Puerto Rico se encuentra actualmente en un proceso de reestructuración organizacional y de enfoque desde la implementación de la Reforma de la Policía. En septiembre de 2011, el Departamento de Justicia Federal develó un Informe sobre una amplia investigación que había estado realizando sobre la Policía de Puerto Rico (en adelante, “PPR”).²¹ Dicho informe encontró violaciones sistemáticas de derechos civiles por parte de la PPR, particularmente señaló que la Policía practicaba constantemente el uso de fuerza excesiva, el uso de fuerza irrazonable para impedir el ejercicio de derechos garantizados por la Primera Enmienda de la Constitución Federal, y llevaba a cabo registros e incautaciones

¹⁷ *Id.*

¹⁸ *Id.*

¹⁹ *Id.*

²⁰ *Id.*

²¹ DEPARTAMENTO DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS DIVISIÓN DE DERECHOS CIVILES, INVESTIGACIÓN DE LA POLICÍA DE PUERTO RICO (5 de septiembre de 2011), https://www.justice.gov/sites/default/files/crt/legacy/2011/09/08/prpd_letter_espanol.pdf (en adelante, “INVESTIGACIÓN DE LA POLICÍA DE PUERTO RICO”).

irrazonables.²² Todo esto causó gran preocupación e indignación, precisamente porque se espera que sean las autoridades policíacas las encargadas de velar por que se salvaguarden los derechos de los ciudadanos y no al revés. Por tanto, en julio de 2013, el gobierno de Puerto Rico y el Departamento de Justicia de Estados Unidos firmaron el *Acuerdo para la Reforma Sostenible de la Policía de Puerto Rico* con una duración de diez (10) años y que requiere que la PPR transforme once áreas.²³ Dos de esas áreas son el *Uso de Fuerza y Adiestramiento* debido a que se quiso remediar los hallazgos del Informe del 2011 sobre la utilización de fuerza que mina los derechos constitucionales y la deficiencia o inexistencia de adiestramiento policíaco.²⁴

En el Informe del Departamento de Justicia Federal de 2011 solo en una ocasión se mencionó la intervención policial con menores para señalar que en abril de 2011 se observó a un agente rociando a dos menores con productos químicos irritantes sin justificación alguna, lo que constituía uso de fuerza excesiva.²⁵ Sin embargo, el panorama no es el mismo al día de hoy, especialmente cuando nueve informes de la PPR demostraron que las personas más intervenidas por la Policía son jóvenes varones entre dieciocho (18) y veinticinco (25) años, según analizó la organización Kilómetro Cero en un estudio.²⁶ Además, una de las cifras más relevantes resultó ser que entre el 2016 y el 2017 hubo uso de fuerza en la intervención con treinta y dos (32) menores entre las edades de trece (13) y diecisiete (17) años.²⁷ Otro hallazgo significativo del estudio fue que entre el 2014 y el 2018 al menos treinta y ocho (38) personas fallecieron por el uso de fuerza excesiva por parte de la PPR, dentro de estos se encontraba un joven de diecinueve (19) años.²⁸ Este contexto requiere una fiscalización consistente de las intervenciones policíacas en Puerto Rico.

Ante este panorama y cumpliendo con el *Acuerdo para la Reforma Sostenible* del 2013, la Policía de Puerto Rico emitió la Orden General titulada *Intervención de Menores en la Comisión de Faltas*.²⁹ Esta Orden establece que *menor* es considerado quien no ha cumplido la edad de dieciocho (18) años. Por otro lado,

²² *Id.* en la pág. 5.

²³ Acuerdo para la Reforma Sostenible de la Policía de Puerto Rico en la pág. 2, *Estados Unidos de América v. Estado Libre Asociado de Puerto Rico y Policía de Puerto Rico*, (No. 3:12-cv-02039) (2013), https://www.justice.gov/sites/default/files/crt/legacy/2014/07/14/prpd_agreement_span_7-7-14.pdf.

²⁴ *Id.*

²⁵ INVESTIGACIÓN DE LA POLICÍA DE PUERTO RICO, *supra* nota 21, en la pág. 41.

²⁶ LUIS EMMANUEL RODRÍGUEZ & MARI MARI NARVÁEZ, MÁS VALE MAÑA QUE FUERZA, UN ANÁLISIS CRÍTICO DE LOS DATOS DE USO DE FUERZA DE LA POLICÍA DE PUERTO RICO CONTRA LA CIUDADANÍA 5 (2018), <https://static1.squarespace.com/static/5af199815cfd796ad4930e20/t/5c0f9aaa4ae2379685edo203/1544526592332/Más+vale+fuerza+que+maña+2018.pdf>.

²⁷ *Id.* (Véase anejo del Documento F).

²⁸ *Id.* en la pág. 3 (para el perfil del joven, véase el Apéndice II).

²⁹ Orden General Núm. 600-633, *Intervención de Menores en la Comisión de Faltas*, (25 de julio de 2018), <https://docs.google.com/file/d/1SEQI-B6ZD-dUV4sLYtwrnkYvB4MAWB1P/view>.

dispone de diversos procedimientos a seguir al momento de una intervención para garantizar que se respeten los derechos civiles de esta población.³⁰ Por una parte, es un gran avance el que exista este tipo de protocolo, sin embargo, debido a su reciente aprobación, 25 de julio de 2018, queda por comprobar que en efecto esta guía se implemente en la práctica. Por otra parte, seguir considerando que un menor es quien no ha cumplido los dieciocho (18) años excluye a jóvenes de mayor edad que siguen teniendo un cerebro inmaduro como se explicó anteriormente. De hecho, varias partes del sistema de justicia estadounidense han acogido los hallazgos científicos señalados y han aumentado la edad para procesar a los jóvenes como adultos, por ejemplo.³¹

Como parte de la Reforma de la Policía el pasado 25 de marzo se sometió ante el Tribunal Federal el informe bianual de la Policía de Puerto Rico. En este reporte se señala bajo el área de *Uso de Fuerza*, la creación del protocolo para intervenir con menores reseñado anteriormente y se informa que para el periodo de octubre de 2018 a marzo de 2019 se entrenaron 1,759 miembros de la Policía de Puerto Rico respecto a este asunto.³² Este es un avance significativo, sin embargo, no se brindan detalles respecto a los componentes de este entrenamiento ni cómo se llevó a cabo. Lo cierto es que, aunque se denotan avances a la hora de establecer los protocolos y entrenamientos para la intervención con menores, cabe preguntarse si estos más que enfatizar en el seguimiento de unas guías, se preocupan también porque los oficiales estén informados y entiendan que los menores en efecto son diferentes a los adultos. Es imperativo que los entrenamientos que se brinden expliquen el desarrollo neurológico de los menores, pongan en perspectiva las circunstancias socioeconómicas y culturales que influyen en las actitudes de los jóvenes o que de hecho se lleven a cabo prácticas con adolescentes para saber su percepción y cuáles son las mejores maneras de hacer los acercamientos como se reseñó anteriormente. Sin duda, es importante observar qué ha servido en otras jurisdicciones y determinar si es algo factible de implementar aquí.

CONCLUSIÓN

Las intervenciones policiales con menores se han convertido en un foco de atención, precisamente porque las mismas no representan protocolos o entrenamientos informados puestos en práctica. Estas intervenciones deben representar primordialmente la responsabilidad social que tiene el Estado con las generaciones que van a seguir generando una vida en sociedad. Por tanto, esos protocolos y entrenamientos deben incorporar todo el conocimiento y las técnicas que permitan llevar a cabo una buena intervención y respetar los derechos civiles de la

³⁰ *Id.* en la pág. 3.

³¹ Childress, *supra* nota 9.

³² BIENNIAL STATUS REPORT PUERTO RICO POLICE BUREAU 17 (1 de marzo de 2019), https://media.noticel.com/o2com-noti-media-us-east-1/document_dev/2019/03/26/1165-main_OP_1_CP_1553639104351_37863286_ver1.o.pdf (Moción en cumplimiento del ACUERDO PARA LA REFORMA SOSTENIBLE DE LA POLICÍA DE PUERTO RICO, *supra* nota 23).

población de menores. Las autoridades deben estar abiertas a incorporar, por ejemplo, la participación de profesionales de salud mental para que entrenen a los policías o el experimentar nuevos métodos y técnicas que no redunden en los mismos acercamientos que han demostrado no ser efectivos. En Puerto Rico, la Reforma de la Policía ha promovido que se generen nuevas guías y acorde a esto se ha ofrecido el entrenamiento a los oficiales. Sin embargo, resta evaluar cómo en efecto se van a estar implementando estas estrategias y de esta manera se podrá vislumbrar si de hecho la información y entrenamiento ofrecido ha acogido algunos de los acercamientos mencionados para intervenir con los menores de edad. Al final del día, la fiscalización de las intervenciones con los menores también debe ser una prioridad para esta sociedad pues no hace falta que los jóvenes comiencen a ser víctimas de fuerza excesiva por su raza o por el simple hecho de ser jóvenes.

EL DERECHO DESCONOCIDO: LA EDUCACIÓN PREESCOLAR COMO EJERCICIO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL AL PLENO DESARROLLO HUMANO

NOTA*

DORA M. HERNÁNDEZ MAYORAL**

“El respeto de los derechos humanos no está garantizado por la norma jurídica que los protege, sino ante todo, por la medida en que estos derechos son internalizados y practicados” — Anita Yudkin¹

INTRODUCCIÓN

PUERTO RICO SE ENCUENTRA EN UN MOMENTO HISTÓRICO DE GRANDES RETOS. La urgencia de encontrar soluciones para salir de la crisis en que vivimos no debe nublar nuestra vista con la inmediatez. La magnitud de los problemas no debe desanimarnos para atenderlos y solucionarlos. Como todos sabemos, la educación nos capacita para poder alcanzar una mejor calidad de vida. Sin embargo, esto no ocurre de la noche a la mañana. Tienen que pasar al menos dos décadas para ver los frutos de esa inversión que hace el Estado o los padres en la educación de los hijos. La educación temprana, comenzando desde el nacimiento hasta los ocho años, unida a la protección y el disfrute de los derechos de la niñez, es un componente esencial de la justicia social que debemos aspirar a lograr en Puerto Rico.

En este artículo nos concentraremos en el derecho a la educación en el nivel *preescolar*.² Esto, con el propósito de crear conciencia sobre la importancia de que este derecho se ejerza progresivamente y de manera equitativa para todos los

* Escrito ganador del Certamen de Redacción Jurídica Nilita Vientós Gastón 2019 en la categoría General.

** La autora posee un J.D. de la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico, una M.A. Ed. en Administración y Supervisión Escolar de University of Phoenix, con subespecialidad en Educación Temprana a nivel graduado de la Universidad del Sagrado Corazón, y un B.A. en Humanidades con una segunda concentración en Educación de la Universidad del Sagrado Corazón. La autora desea emitir las siguientes expresiones: “Le dedico este trabajo a mi amado padre, Rafael Hernández Colón, de quien aprendí a luchar por los que no tienen voz”.

¹ Anita Yudkin et al. , *Educación en derechos humanos y derechos de la niñez: herramientas en la construcción de una cultura de paz*, CÁTEDRA UNESCO DE EDUCACIÓN PARA LA PAZ: UPR, <http://unescopaz.uprrp.edu/documentos/EDHninez.htm> (última visita 25 de mayo de 2019).

² Al usar el término preescolar, me refiero a la etapa de la niñez anterior a la escuela formal. Actualmente, en Puerto Rico se utiliza para referirse a ambientes educativos para niños entre los tres y cuatro años.

niños y las niñas preescolares, partiendo de la visión que el derecho a la educación se ejerce de manera integrada con los demás derechos.

I. LA EDUCACIÓN COMO DERECHO HUMANO

A. *Declaración Universal de Derechos Humanos*

Comenzaré este análisis del derecho a la educación desde la perspectiva de los derechos humanos. Los derechos humanos, según definidos por la Organización de las Naciones Unidas, son derechos inherentes a todos los seres humanos, “sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”.³ Dentro de estos derechos, según la *Declaración Universal de Derechos Humanos* (en adelante, “Declaración”), se encuentra el derecho a la educación:

1. Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. . . .
2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos; y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.
3. Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos.⁴

B. *Convención sobre los Derechos del Niño*

El derecho a la educación también fue reconocido por la *Convención sobre los Derechos del Niño* (en adelante, “Convención”), un tratado internacional sobre los derechos de los niños y las niñas ratificado en el 1989 por el mayor número de Estados en la historia: 195 Estados. No obstante, Estados Unidos no ratificó el mismo. Aun así, es importante destacar este tratado pues, como veremos más adelante, este se incorporó en Puerto Rico.

La Convención describe los derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos de los niños y las niñas.⁵ Específicamente, en la Convención se reitera que cuando se habla de los derechos de los niños y las niñas, se trata de *derechos humanos*.⁶ Entre estos derechos humanos universales se destacan algunos como

³ A.G. 217(III)A, Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 2 (10 dic. de 1948), https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf.

⁴ *Id.* art. 26.

⁵ Res. A.G. 44/25, Convención sobre los Derechos del Niño (20 nov. 1989), disponible en <https://www.unicef.es/sites/unicef.es/files/comunicacion/ConvencionsobrelosDerechosdelNino.pdf>.

⁶ *Id.* preámbulo.

derechos de los niños y las niñas debido a que estos necesitan protección legal especial para sus cuidados por la naturaleza misma del desarrollo humano, el cual no alcanza la madurez cognitiva y física hasta la adultez.⁷

El artículo 28 de la Convención reconoce el derecho del niño a la educación en condiciones de igualdad y por medio de una enseñanza obligatoria y gratuita para todos los niños y las niñas. Así, los Estados Parte, deben “adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir las tasas de deserción escolar”.⁸ Los objetivos de la educación, según la Convención, incluyen “[d]esarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades”.⁹

II. PUERTO RICO

A. Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico

La Asamblea Constituyente incorporó a nuestra Constitución el derecho a la educación. Específicamente, la sección 5 de la Carta de Derechos incorporó un lenguaje basado en la Declaración, indicando que:

Toda persona tiene derecho a una educación que propenda al pleno desarrollo de su personalidad y al fortalecimiento del respeto de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales. Habrá un sistema de instrucción pública el cual será libre y enteramente no sectario. La enseñanza será gratuita en la escuela primaria y secundaria y, hasta donde las facilidades del Estado lo permitan, se hará obligatoria para la escuela primaria. La asistencia obligatoria a las escuelas públicas primarias, hasta donde las facilidades del Estado lo permitan, según se dispone en la presente, no se interpretará como aplicable a aquellos que reciban instrucción primaria en escuelas establecidas bajo auspicios no gubernamentales. No se utilizará propiedad ni fondos públicos para el sostenimiento de escuelas o instituciones educativas que no sean las del Estado. Nada de lo contenido en esta disposición impedirá que el Estado pueda prestar a cualquier niño servicios no educativos establecidos por ley para protección o bienestar de la niñez.¹⁰

Al hablar de un derecho a la educación que “propenda al pleno desarrollo de su personalidad”,¹¹ nuestra Constitución trae una visión de avanzada, reconociéndole a este derecho un “amplio alcance”,¹² el cual debe ser interpretado a la luz de los tiempos y las necesidades actuales de la sociedad.

⁷ Para propósitos de la Convención, se considera niño todo ser humano de dieciocho años o menos. *Id.* art. 1.

⁸ *Id.* art. 28(e).

⁹ *Id.* art. 29(a).

¹⁰ CONST. PR art. II, § 5.

¹¹ *Id.*

¹² *Meléndez De León v. Keleher*, 200 DPR 740, 780 (Colón Pérez, opinión de conformidad).

B. El derecho a la educación y la edad en la cual la asistencia es compulsoria

En este contexto, el pleno desarrollo de la personalidad necesariamente requiere el desarrollo y cuidado temprano con apego saludable del niño. En otras palabras, el derecho a la educación reconocido por nuestra Constitución incluye el derecho a una educación preescolar. La educación preescolar puede impartirse desde escenarios muy diversos tales como el hogar, los centros de cuidado y desarrollo y las escuelas.

Sin embargo, esta amplitud de ofrecimientos, entre otros factores, ha contribuido a la desinformación en cuanto al derecho a la educación, el cual incluye a todos los niños y las niñas sin distinción de edad. Por consiguiente, conviene dar un vistazo al reconocimiento que la Asamblea Legislativa ha hecho de este derecho a través de la evolución de la edad compulsoria para iniciar la escuela en Puerto Rico. En el 1865, bajo la soberanía española, se organizó un Sistema de Educación Pública por decreto del Gobernador. La asistencia para niños varones era obligatoria desde los seis años hasta los nueve años. Con el cambio de soberanía, se mantuvo la edad inicial de seis años, pero se extendió el derecho a las niñas.

C. Ley orgánica del Departamento de Educación

No fue hasta el 1990 que, por virtud de la *Ley orgánica del Departamento de Educación*, Ley Núm. 68 de 28 de agosto 1990, se incluyó la educación preescolar dentro del Departamento de Educación de manera voluntaria para niños y las niñas de cuatro y cinco años. Según dispone su artículo 1.03:

Aunque el Estado reconoce que la educación preescolar abarca desde los primeros meses de vida, para fines de este Capítulo comprende a los niños de las edades de cuatro (4) y cinco (5) años. El Departamento de Educación diseñará el currículo a ofrecerse en este nivel de manera que se le dé atención especial al desarrollo del lenguaje para la comunicación, la imaginación y la reflexión; al fomento de otras formas de expresión y de comunicación; a la estimulación de actitudes de curiosidad, observación y creatividad; al desarrollo perceptual motor, al desarrollo de destrezas para la solución de problemas, a la conservación del ambiente, al desarrollo de una autoimagen positiva y equilibrada; al desarrollo de actitudes y hábitos que fomenten el cuidado del propio cuerpo y la conservación de la salud, y al desarrollo de actitudes de respeto y tolerancia a las diferencias entre unas personas y otras.

La asistencia a la escuela de los niños de cuatro (4) y cinco (5) años será de carácter voluntario. Sin embargo, se orientará sobre las ventajas de la educación preescolar y se estimulará y se fomentará la misma. El *kindergarten* estará accesible a todos los niños de cinco (5) años.¹³

Un aspecto muy significativo de la Ley Núm. 68-1990 es que establecía que la educación de *kindergarten* estará accesible a todos los niños y las niñas de cinco

¹³ Ley orgánica del Departamento de Educación, Ley Núm. 68 de 28 de agosto de 1990, 3 LPRA § 391 (1982 & Supl. 1993) (derogada 1999).

años, aun cuando este era un nivel de carácter voluntario. La limitación en el número de salones de kindergarten que tenía el Departamento de Educación no se consideró un obstáculo para incorporar este nivel dentro de la política pública, pues el texto de la Ley indicaba que “[e]l Departamento de Educación coordinará las ofertas educativas para esta población con las agencias gubernamentales y privadas que ofrecen el mismo”.¹⁴

D. Carta de los Derechos del Niño

Fuera del marco del Departamento de Educación, los niños y las niñas de Puerto Rico cuentan con dos leyes que también les protegen su derecho a la educación. Una de estas es la Ley Núm. 338-1998, mejor conocida por la Carta de Derechos del Niño.¹⁵ En su exposición de motivos, los legisladores declararon que:

Los derechos que aquí se consignan constituyen el reconocimiento por parte del Estado de que la familia, como institución básica de la sociedad, tiene la responsabilidad de velar por el pleno desarrollo de los niños. Para el logro de ese objetivo, debe contar con el apoyo y respaldo de la comunidad y el Estado. . . .

Esta Ley declaratoria de los derechos de los niños en Puerto Rico, tiene el propósito de destacar la importancia que tiene la debida atención a los niños para su bienestar inmediato y para el futuro de nuestra patria. Asimismo, recabar de las agencias públicas y de la empresa privada la realización del máximo esfuerzo para actuar y hacer efectivos estos derechos de la niñez de Puerto Rico.¹⁶

Vemos aquí como se presenta la visión de que es necesario que la sociedad completa trabaje a favor de los derechos de la niñez. La responsabilidad no es solo del Estado, sino de todos. Dice un proverbio africano que se necesita una tribu completa para educar a un niño.

El inciso 22 del artículo 2 de esta Ley establece que el sistema educativo estará a cargo de facilitar el desarrollo de la personalidad y el desarrollo óptimo de las habilidades físicas y mentales,¹⁷ mientras que la familia tiene la responsabilidad principal de velar por el desarrollo del niño.¹⁸ Esto no ha sido implementado por medio del Departamento de Educación, aunque sí ha desarrollado guías para uso propio. Existen programas bajo el Departamento de Salud para niños y las niñas de cero a treinta y seis meses estimulando el desarrollo para niños y las niñas típicos y niños y las niñas con retrasos en el desarrollo. El Departamento de Educación se enfoca mayormente en la educación de cinco años en adelante. En el año escolar 2017-2018, se redujeron los salones de pre-kínder en el Departamento de

¹⁴ *Id.*

¹⁵ Carta de los Derechos del Niño, Ley Núm. 338-1998, 1 LPR § 412-417 (2016).

¹⁶ Exposición de motivos, Carta de derechos del niño, Ley Núm. 338-1998, 1998 LPR 1519-520.

¹⁷ 1 LPR § 412(22).

¹⁸ *Id.* § 412(3).

Educación de 121 a 69 por falta de recursos, pues se considera que no es un grado oficial.¹⁹ Por otro lado, prácticamente todas escuelas privadas en Puerto Rico ofrecen el nivel de pre-kínder. Sin embargo, para muchos padres el costo de la escuela privada está fuera de su presupuesto familiar. La mayoría de la población de niños y las niñas de tres a cuatro años queda fuera del radar, en términos de promover su desarrollo y educación preescolar de manera gratuita pues tanto el Departamento de Educación como los Programas Head Start no cubren la necesidad de toda la población de niños y las niñas de tres y cuatro años.

E. Nueva Ley orgánica del Departamento de Educación de Puerto Rico

La *Ley orgánica para el Departamento de Educación de Puerto Rico*, Ley Núm. 149-1999, incluyó la edad de los cinco años como edad compulsoria para la asistencia a la escuela.²⁰ En la exposición de motivos de esta ley se presenta por primera vez en la historia de Puerto Rico una reconceptualización de la interpretación que le Legislatura había hecho sobre el derecho a la educación, para incluir expresamente la educación al nivel preescolar: “se trata de expandir el ámbito del derecho constitucional a la educación con el fin de amparar a niños de edad preescolar . . .”.²¹ Esta visión de avanzada en cuanto al derecho a la educación lamentablemente se concentró en el nivel de kindergarten, le prestó muy poca atención al nivel preescolar para los niños y las niñas de cuatro años y ninguna para el nivel preescolar para los niños y las niñas preescolares de tres años. El aspecto de la voluntariedad de la asistencia para niños y las niñas de cuatro años alimentó la percepción de que a este nivel no se le extendía el derecho a la educación. Esta es una de las razones por la cual la expansión de los salones preescolares no ha ido a la par con la necesidad. Hoy en día, el aspecto de la obligatoriedad en la asistencia escolar no es un requisito *sine qua non* para hacer valer el derecho a la educación. La Annie Casey Foundation publica, por medio del centro de información de Kids Count, las estadísticas recogidas por el U.S. Census Bureau y el Instituto del Desarrollo de la Juventud en cuanto a la niñez en Puerto Rico. Según la publicación, la población de niños y las niñas menores de cinco años en el 2017 era de 147,990 niños y las niñas, el veintitrés por ciento de la población total en la Isla.²² Durante el periodo de 2015 al 2017, 26,000 niños y las niñas entre las edades de tres y cuatro años asistieron a centros preescolares, incluyendo centros privados, Head Start y el Departamento de Educación. Estos niños y las niñas participantes componían

¹⁹ Cesiach López Maldonado, *Eliminarán 29 de 121 programas preescolares*, PRIMERA HORA (22 de junio de 2017), <https://www.primerahora.com/horizonte/noticias/isla/nota/eliminaran29de121programaspreescolares-1231478/>.

²⁰ Ley orgánica para el Departamento de Educación de Puerto Rico, Ley Núm. 149-1999, 3 LPRA § 143a-150c (1998 & Supl. 2003) (derogada 2018).

²¹ Exposición de motivos, Ley orgánica del Departamento de Educación Pública de Puerto Rico, Ley Núm. 149-1999, 1999 LPR 521.

²² *Child Population by Age Group*, KIDS COUNT DATA CENTER, <https://datacenter.kidscount.org/data#PR/4/o/char/o> (última visita 28 de mayo de 2019).

el sesenta y tres por ciento de la población, quedando fuera el treinta y siete por ciento de los niños y las niñas.²³

Las estadísticas más alarmantes aún son las de los niños y las niñas menores de cinco años que viven bajo la pobreza, careciendo de múltiples factores que propician el éxito escolar. Durante el periodo del 2012 al 2016, el setenta y seis por ciento de los niños y las niñas de cero a cinco años vivían bajo niveles de pobreza.²⁴ La población de niños y las niñas en el 2017 que no asistió a la escuela, y que a su vez están calificadas bajo el nivel de pobreza fue de 27,000, lo que equivale al cuarenta por ciento de la población.²⁵ Sin embargo, la población de niños y las niñas en el 2017 que no asistió a la escuela que a su vez están clasificados sobre el nivel de pobreza fue de 4,000 niños y las niñas, lo que equivale al veintiocho por ciento.²⁶ Estas estadísticas nos demuestran que es mayor el número de niños y las niñas provenientes de hogares pobres que no reciben educación preescolar que los niños y las niñas provenientes de hogares con recursos. Sin embargo, el cuadro tampoco es muy alentador para las familias de clase media. Muchos padres de clase media no califican para matricular a sus hijos en el Programa Head Start, por recibir ingresos más altos de los requeridos por el Gobierno federal y tampoco pueden pagar una educación preescolar para sus hijos. Consecuentemente, muchos de estos niños y las niñas se quedan sin recibir educación temprana en el nivel preescolar y comienza a evidenciarse la brecha académica tan pronto ingresan al kindergarten.

F. Ley para el desarrollo e implantación de la política pública para la niñez en edad temprana de Puerto Rico

El 18 de junio de 2008, se estableció la *Ley para el desarrollo e implantación de la política pública para la niñez en edad temprana de Puerto Rico*, Ley Núm. 93-2008.²⁷ Es la ley de Puerto Rico más abarcadora en cuanto a los derechos de los niños y las niñas ya que, no solo recoge los derechos de los niños y las niñas establecidos en la Convención de los Derechos de los Niños, sino que establece las responsabilidades del gobierno central y los municipios. Así como también establece estrategias para la coordinación de los servicios que ofrecen a la niñez. Dentro de los objetivos esbozados en la Ley Núm. 93-2008 se encuentran los siguientes:

²³ Young Children not in School , KIDS COUNT DATA CENTER, <https://datacenter.kidscount.org/data#PR/4/o/char/o> (última visita 28 de mayo de 2019).

²⁴ Child Population between 0-5 old below the poverty line, KIDS COUNT DATA CENTER, <https://datacenter.kidscount.org/data#PR/4/o/char/o> (última visita 28 de mayo de 2019).

²⁵ Children below 200 percent poverty line not in school, KIDS COUNT DATA CENTER, <https://datacenter.kidscount.org/data#PR/4/o/char/o> (última visita 28 de mayo de 2019).

²⁶ Children at or above poverty line not in school, KIDS COUNT DATA CENTER, <https://datacenter.kidscount.org/data#PR/4/o/char/o> (última visita 28 de mayo de 2019).

²⁷ Ley para el desarrollo e implantación de la política pública para la niñez en edad temprana de Puerto Rico, Ley Núm. 93-2008, 8 LPRA §§ 391-398 (2014 & Supl. 2018).

Esta política pública está encaminada a proveerle a nuestra niñez la oportunidad de un desarrollo integral óptimo, a través de un sistema abarcador de servicios integrados, disponibles, accesibles y de alta calidad. Dicho sistema involucrará a todos los sectores que inciden en la vida de nuestros niños y niñas —al gobierno central y al gobierno municipal, al igual que a las diversas instituciones, organizaciones, asociaciones profesionales, familias y comunidades que ofrecen servicios para esta población—, para trabajar con ellos en el diseño, [implantación] y evaluación de diferentes programas e iniciativas, con un fin común: el bienestar y desarrollo óptimo de nuestra niñez.²⁸

La política pública con relación al área de educación establecida mediante la Ley Núm. 93-2008 establece una serie de objetivos fundamentados en la literatura profesional más reciente en el área de niñez temprana. Entre ellos se destacan los siguientes incisos: “(e) [e]l cuidado, desarrollo y educación de los niños y [las] niñas en edad temprana esté a cargo de personal cualificado y actualizado, según las mejores prácticas establecidas por organizaciones profesionales reconocidas, tales como la *National Association for the Education of Young Children*” y el (n), “[l]os niños y las niñas en edad temprana reciban servicios continuos de cuidado y educación”.²⁹

A pesar de que la Ley Núm. 93-2008 sigue en vigor, once años después de su aprobación no se ha logrado la coordinación de los servicios para la niñez temprana a nivel interagencial, factor crucial para encaminarnos hacia ofrecimientos de alta calidad para todos los niños y las niñas preescolares.

G. Ley para el licenciamiento de establecimientos de cuidado, desarrollo y aprendizaje de los niños y niñas en el Estado Libre Asociado de Puerto Rico

El Departamento de la Familia, agencia que tiene a su cargo el licenciamiento de los centros de cuidado diurno, vela mayormente por la seguridad física y emocional de los niños y las niñas. La Ley Núm. 173-2016 —mejor conocida por *La Ley para el licenciamiento de establecimientos de cuidado, desarrollo y aprendizaje de los niños y niñas en el Estado Libre Asociado de Puerto Rico*—³⁰ procura mejorar la calidad de los servicios de cuidado, desarrollo y aprendizaje para niños y las niñas desde su nacimiento hasta los cuatro años con once meses mediante requisitos de capacitación para maestros, asistentes y directores. También procura lograr este objetivo mediante la implantación de estándares que deben regir el proceso educativo del niño y un sistema para la evaluación de la calidad de los centros. Lamentablemente, al no contar con profesionales especializados en desarrollo del niño ni en educación preescolar en las divisiones de licenciamiento, el Departamento de la Familia no ha podido cumplir con el propósito fundamental de esta

²⁸ *Id.* § 392 (alteración en el original).

²⁹ *Id.* § 392(e), (n).

³⁰ Ley para el licenciamiento de establecimientos de cuidado, desarrollo y aprendizaje de los niños y niñas en el Estado Libre Asociado de Puerto Rico, Ley Núm. 173-2016, 8 LPRA §§ 1431-1439h (2014 & Supl. 2018).

Ley. El Departamento de Educación, por su parte, tiene sus recursos muy limitados poder desarrollar las guías curriculares y los documentos de evaluación que la ley requiere.

H. Ley de reforma educativa de Puerto Rico y situación actual

En la reciente *Ley de reforma educativa de Puerto Rico*, se aborda el tema del nivel preescolar como parte del ofrecimiento educativo del gobierno de Puerto Rico, sin ofrecer detalles sobre su implantación.³¹ Así, la exposición de motivos establece en términos generales que la ley “declara el compromiso de brindar: igualdad de oportunidades educativas de alta calidad a todos los estudiantes, desde el nivel preescolar, hasta el nivel postsecundario.³²

III. ANÁLISIS Y RECOMENDACIONES

Al Departamento de Educación siempre se le ha reconocido la gran importancia que tiene a la hora de asignar el presupuesto anual. Actualmente recibe, 3,498,512,00 millones de dólares en su presupuesto consolidado recomendado.³³ Ante los recortes que ha sufrido en los últimos años y las responsabilidades legales asumidas, representa un verdadero reto asignar fondos suficientes para operar todas las divisiones. Aquí es que entran las prioridades dentro de las matemáticas, a sopesar unos programas más que otros. Aquí es cuando la inmediatez nos puede nublar la vista. Tenemos que aumentar las tasas de graduación, las de retención y las puntuaciones en las pruebas META- PR para capacitar a nuestros estudiantes para el mundo laboral. Sin embargo, también tenemos que sembrar hoy para poder cosechar mañana. La educación en el nivel preescolar para niños y las niñas de tres y cuatro años es necesaria para que el estudiante pueda estar listo para comenzar el kindergarten. Urge reducir la brecha académica que se observa grandemente en el kindergarten entre los niños y las niñas que participaron de un programa de educación preescolar de calidad a los tres y cuatro años y los que no tuvieron esa oportunidad. La educación de calidad en el nivel preescolar junto con la intervención temprana reduce esa brecha. Investigaciones científicas longitudinales en los Estados Unidos, tales como *The High/Scope Perry Preschool Study*

³¹ Ley de reforma educativa de Puerto Rico, Ley Núm. 85-2018, <http://www.oslpr.org/2017-2020/leyes/pdf/ley-85-29-Mar-2018.pdf> (última visita 28 de mayo de 2019).

³² Exposición de Motivos, Ley de reforma educativa de Puerto Rico, Ley Núm. 85-2018, <http://www.oslpr.org/2017-2020/leyes/pdf/ley-85-29-Mar-2018.pdf> (última visita 28 de mayo de 2019).

³³ *Departamento de Educación: Presupuesto recomendado para el año fiscal 2018-2019*, GOBIERNO DE PR: PRESUPUESTO REVISADO 2018-2019, <http://www.presupuesto.pr.gov/presupuestoRecomendado2018-2019/PresupuestosAgencias/Departamento%20de%20Educacion.htm> (última visita 28 de mayo de 2019).

through Age 40,³⁴ y el *Carolina Abecedarian Project*,³⁵ han comprobado que la educación preescolar de calidad no solamente reduce la brecha académica en kindergarten, sino reduce el tiempo que los niños y las niñas permanecen en el Programa de Educación Especial, reduce la deserción escolar, reduce la delincuencia, así como aumenta las tasas de graduación de escuela superior, aumenta el IQ de los niños y las niñas, aumenta la cantidad de graduandos de escuela superior, la cantidad de personas que participan de la fuerza laboral, y aumenta los recaudos del gobierno.

Por su parte, el Dr. James Heckman, economista de la Universidad de Chicago ha estimado tasas de retorno de inversión para varios programas de educación temprana y en todos encuentra resultados muy positivos. Una de las que trabajó fue para la investigación de High/Perry Scope, encontrando un porcentaje de retorno de inversión entre 7 a 10 dólares por cada dólar invertido por el gobierno.³⁶ El doctor Heckman le dirigió una carta a la *National Commission on Fiscal Responsibility and Budget Reform* reaccionando sobre la situación económica del estado de Illinois y la reforma fiscal en la cual expresa su posición sobre la equidad.

Successful nations invest in building equity. The term “equity” has two different meanings. From a social science point of view, equity is providing equal opportunities for success—a playing field that is as level as possible to create greater achievement among people from all walks of life. In economics, achieving equity is to build lasting value that builds upon itself. My work has shown that proper investment in people builds stronger equity on all fronts. Early childhood education is a proper investment economically and morally.³⁷

El derecho a la educación en el nivel preescolar sí se está ejerciendo progresivamente pero no equitativamente, pues los niños y las niñas que se quedan sin la oportunidad de educarse desde el nivel de preescolar se ven con mayores dificultades para triunfar en la vida. La falta del uso del lenguaje apropiado, junto con los recortes presupuestarios pudieran estar retrasando el acceso para todos los niños y las niñas que lo necesitan. Debemos hablar del derecho de todos los niños y las niñas preescolares a la educación y del deber de toda la sociedad, incluyendo a la familia y al Estado de hacerlo cumplir. La catedrática costarricense, Ana María Rodino, expresa que “[s]i el principio de que la educación es ante todo un derecho se desconoce o minimiza, es muy probable que termine ignorándose. Y de allí a

³⁴ LAWRENCE J. SCHWEINHART ET AL., *LIFETIME EFFECTS: THE HIGH/SCOPE PERRY PRESCHOOL STUDY THROUGH AGE 40* (2005).

³⁵ Véase *The Carolina Abecedarian Project*, FPG CHILD DEVELOPMENT INSTITUTE, <https://abc.fpg.unc.edu/> (última visita 28 de mayo de 2019).

³⁶ Mark Peters, *Investment in Early Childhood programs yields robust returns*, UCHICAGO NEWS (12 de diciembre de 2016), <https://news.uchicago.edu/story/investment-early-childhood-programs-yields-robust-returns>.

³⁷ Letter from James J. Heckman to the National Commission on Fiscal Responsibility and Budget Reform, VIRGINIA HEAD START ASSOCIATION, https://www.headstartva.org/assets/docs/Heckman_Letter_Federal-Commision_9-1-2010FINAL-3_.pdf (última visita 28 de mayo de 2019).

violarlo, hay un solo paso”.³⁸ Ha llegado el momento en que de que los padres, maestros, directores, terapistas, psicólogos, pediatras, trabajadores sociales, abogados, economistas y todos abogemos por el derecho a la educación para todos los niños y las niñas preescolares. El uso de este lenguaje puede hacer la diferencia para que actuemos hoy pensando no solo en nosotros, sino en las generaciones futuras de puertorriqueños.

Para lograr ofrecerles a todos los niños y las niñas preescolares una educación de alta calidad, es necesario, primeramente, lograr que el Programa de Educación para la Niñez del Departamento de Educación la División de Licenciamiento del Departamento de la Familia y la Administración para el Cuidado y Desarrollo Integrado de la Niñez trabajen de manera coordinada. Como fuente de información sobre currículo e investigaciones profesionales, la Universidad de Puerto Rico puede aportar grandemente y debe formar parte de este esfuerzo. En cuanto a las políticas, procedimientos, indicadores de calidad y evaluaciones de los programas mi recomendación es que se adopte material disponible de las asociaciones profesionales como la National Association for the Education of Young Children y el Programa Head Start. Para el desarrollo profesional de los maestros, directores y asistentes se puede contar con expertos en niñez temprana de diferentes universidades, asociaciones y programas como Head Start y el Proyecto Alcanza. Las escuelas laboratorio y centros preescolares acreditados de la Universidad de Puerto Rico podrían servir como ambientes demostrativos de prácticas apropiadas e innovadoras. La creación de una página web en la cual se presenten todos los servicios dirigidos a la niñez, incluyendo las asociaciones locales e internacionales que orientan sobre los derechos de la niñez como la Cátedra Unesco para la Paz, junto con información tipo mini cursos para los padres y enlaces profesionales para los maestros y directores podría facilitar la coordinación y la divulgación de todos los trabajos dirigidos en pro de los derechos de la niñez. Una inspiración pudiera ser la página web, Chile Crece Contigo, la cual ofrece información profesional en español dirigida a los padres.

Finalmente, mis recomendaciones en cuanto a los recursos disponibles para costear estos servicios, debo mencionar que existen múltiples oportunidades por vía de propuestas tanto del gobierno federal como de fundaciones privadas. Por otro lado, no menospreciamos nuestra capacidad como puertorriqueños de crear lo nuestro como, por ejemplo, los Centros Sor Isolina Ferré que tanto han contribuido a la niñez y la juventud de Puerto Rico.

Una comunidad completa que trabaja por el bienestar de la niñez, complementando profesionales, trabajadores y voluntarios puede hacer la diferencia y lograr que todos los niños y las niñas en Puerto Rico ejerzan su derecho a la educación y tengan acceso a una educación preescolar de calidad.

³⁸ Ana M. Rodino Pietri, *Educación y derechos humanos: Complementariedades y sinergia*, en CONFERENCIA MAGISTRAL 2014-2015 CÁTEDRA UNESCO DE EDUCACIÓN PARA LA PAZ 13 (2016).

CUANDO EL SISTEMA SE VUELVE CÓMPLICE: LOS FINES DEL CASTIGO EN SENTENCIAS DE ADULTOS PARA MENORES

NOTA*

VIVIANA M. LEBRÓN RIVERA**

INTRODUCCIÓN

LA CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS AL DECIDIR SOBRE LA validación o no de sentencias de adultos para menores, ha empleado uno de dos análisis, a saber: una evaluación de la totalidad de las circunstancias para ver si la sentencia en determinado caso es particularmente excesiva, o la creación de reglas categóricas. Las reglas categóricas permiten excluir una categoría completa de ofensores de recibir determinadas sentencias. El reconocimiento de reglas categóricas ha llevado a la Corte Suprema a señalar como inconstitucionales cadenas perpetuas sin posibilidad de libertad bajo palabra por delitos que no son homicidio,¹ así como imponer la pena de muerte para menores de dieciséis y dieciocho años e incapaces mentales.²

En los casos donde la Corte adopta reglas categóricas, esta considera: (1) los índices objetivos de los estándares de la sociedad tal y como se expresan en las legislaturas y prácticas estatales para determinar si hay consenso nacional en contra del tipo de sentencia en controversia, y (2) el juicio independiente de los tribunales para ver si el castigo en controversia viola la constitución.³ Al momento de analizar el juicio independiente de los tribunales, la Corte examina: (1) la culpabilidad del ofensor; (2) la severidad del castigo, y (3) si el tipo de sentencia satisface los fines legítimos de la pena (fines del castigo). La Corte observa cuatro fines: retribución, disuasión, incapacitación y rehabilitación. Una sentencia que no tenga justificación en los fines de la pena es por naturaleza desproporcional.⁴

En Puerto Rico se suscitó un caso reciente en donde el Tribunal Supremo tuvo la oportunidad de emitir opinión sobre la imposición mandatoria de cadenas perpetuas sin derecho a libertad bajo palabra; sin embargo, no acogió el *certiorari*. En

* Escrito ganador del Certamen de Redacción Jurídica Nilita Vientós Gastón 2019, en la categoría Estudiantes de Derecho.

** La autora es estudiante de tercer año de la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico.

1 *Graham v. Florida*, 560 U.S. 48 (2010).

2 *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005); *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304 (2002); *Thompson v. Oklahoma*, 487 U.S. 815 (1988).

3 *Graham*, 560 U.S. en la pág. 48.

4 *Id.*

Pueblo v. Álvarez Chevalier,⁵ el señor Álvarez Chevalier fue condenado a cumplir 372 años de cárcel —a cumplirse de manera consecutiva— por hechos ocurridos cuando este tenía diecisiete años en el año 1993. Se le encontró culpable de “[dos] cargos de asesinato; [cinco] cargos de robo; tentativa de robo, [dos] cargos de conspiración, y violación de los artículos 8a, 5, 6, 6a y 8 de la Ley de Armas . . ., según enmendada”.⁶

Álvarez Chevalier en el 2016 presentó una moción solicitando corrección de su sentencia, en la que argumentaba que la Corte Suprema de Estados Unidos en su desarrollo jurisprudencial impedía la imposición mandatoria de una cadena perpetua sin derecho a libertad bajo palabra a un menor juzgado como adulto. Arguyó que la condena de 372 años, por los cuales tendría que cumplir noventa y siete antes de cualificar para libertad bajo palabra, equivalía a una cadena perpetua *de facto* “vedada por el Tribunal Supremo Federal. . .”.⁷ Esto pues, la Corte Suprema, en *Miller v. Alabama*, decidió que las cadenas perpetuas mandatorias sin posibilidad de libertad bajo palabra para aquellos menores de dieciocho años al momento del crimen viola la prohibición de castigos crueles e inusitados que emana de la Octava Enmienda.⁸ Álvarez argumentó que, con toda probabilidad, él estaría muerto antes de poder solicitar el beneficio de libertad bajo palabra.⁹ Por ende, la condena impuesta por el Tribunal de Primera Instancia equivalía a aquella que la Corte Suprema de Estados Unidos prohibió cuando decidió *Miller*.

El Tribunal de Primera Instancia se declaró sin jurisdicción para modificar la sentencia. Por su parte, el Tribunal de Apelaciones, por su parte, confirmó la sentencia del Tribunal de Primera Instancia al hacer un razonamiento desde lo resuelto en *Graham v. Florida* y su progenie: la imposición de cadenas perpetuas sin posibilidad de salir en libertad bajo palabra solo aplica a casos que no implican asesinato.¹⁰ Además, el Tribunal de Apelaciones concluyó que la facultad para decidir qué personas podrían participar de la libertad bajo palabra era de la legislación.

Inconforme con el proceder de ambos tribunales, Álvarez acudió al Tribunal Supremo de Puerto Rico pidiendo la modificación de su sentencia conforme a lo establecido en *Miller v. Alabama*.¹¹ El Tribunal Supremo de Puerto Rico no acogió el recurso, pero no sin antes emitir una opinión de conformidad del juez asociado Martínez Torres y una opinión disidente del juez asociado Estrella Martínez. El juez asociado Martínez Torres hizo constar que:

5 *Pueblo v. Álvarez Chevalier*, 199 DPR 735 (2018).

6 *Id.* en la pág. 738 n.1 (Estrella Martínez, voto disidente).

7 *Id.* (Estrella Martínez, voto disidente).

8 *Miller v. Alabama*, 567 U.S. 460 (2012).

9 *Álvarez Chevalier*, 199 DPR en la pág. 738 (Estrella Martínez, voto disidente).

10 *Graham v. Florida*, 560 U.S. 48 (2010).

11 *Miller*, 567 U.S. en la pág. 460.

El peticionario John Álvarez Chevalier fue sentenciado hace veinticuatro años a cumplir penas consecutivas por dos cargos de asesinato, cinco cargos de robo, tentativa de robo, dos cargos de conspiración y cinco transgresiones de la Ley de Armas. No fue sentenciado por un solo delito. Incluso, se puede imponer una pena perpetua a un menor de edad sentenciado por un asesinato, siempre que sea elegible a libertad bajo palabra. Por eso, la doctrina que se cita en el voto disidente no aplica. Lo que ocurre es que todas las condenas —a cumplirse de manera consecutiva— suman 372 años de reclusión. La sentencia es válida y final, y no se cometió error. Hay que ser justo con todos, incluso nuestra sociedad, y no solamente con el convicto. Por eso, rehúso traicionar la seguridad de los habitantes de esta Isla para intervenir indebidamente y más de dos décadas después con una sentencia correcta en la que no se cometió error alguno. Rehúso también insertarme en el tema mediático de moda (el castigo a menores de edad) para justificar que se libere a quien todavía no ha pagado ni una cuarta parte de su deuda con la sociedad. Hay maneras de rehabilitarse —es decir, de mejorar como ser humano— en la cárcel. Eso no es fácil, pero hay que tomar en cuenta que delinquir tiene consecuencias graves. La rehabilitación, que dicho sea de paso todavía no se ha demostrado en este caso, no conlleva siempre salir de prisión como asume el voto disidente.¹²

Mediante la opinión concurrente, el juez asociado Martínez Torres intentó justificar la pena del señor Álvarez Chevalier diciendo que cumplía con los fines sociales de la pena. Mediante este escrito argumentaremos que ninguna aseveración de las citadas anteriormente es correcta cuando se analizan los fines del castigo aplicados a un adolescente.

I. ¿POR QUÉ SE CASTIGA?

Los castigos o las penas impuestas deben siempre cumplir con un fin legítimo. Los fines del castigo o de la pena buscan contestar la interrogante de por qué se castiga. Se pueden dividir en dos categorías: (1) fines absolutos/retribucionistas, o (2) fines consecuencialistas/utilitaristas.

A. *Retribución*

“Detrás de la teoría de la retribución se encuentra el viejo principio del Talión: ojo por ojo, diente por diente”.¹³ Es una teoría absoluta y desvinculada porque el fin de la pena es independiente y nada tiene que ver con su efecto social.¹⁴ Se parte de la premisa que los seres humanos generalmente tienen libre albedrío para escoger sus acciones y que el ofensor libremente escoge violar las reglas de la

¹² Álvarez Chevalier, 199 DPR en las págs. 735-36 (Martínez Torres, voto de conformidad) (cita omitida).

¹³ I CLAUS ROXIN, DERECHO PENAL: PARTE GENERAL. FUNDAMENTOS. LA ESTRUCTURA DE LA TEORÍA DEL DELITO 82 (1997) (nota al calce omitida).

¹⁴ *Id.*

sociedad.¹⁵ El castigo solo se justifica cuando se merece; “[s]i la pena debe ‘corresponder’ a la magnitud de la culpabilidad, está prohibido en todo caso dar un escarmiento mediante una penalización drástica en casos de culpabilidad leve.”¹⁶

Existen varios tipos de retribución, algunos de ellos son: (1) venganza pública; (2) retribución protectora, y (3) vindicación de la víctima.¹⁷ De acuerdo con la venganza pública, es moralmente correcto odiar a los criminales. Como una manera disfrazada del utilitarismo, defiende el castigo para disuadir de la venganza privada.¹⁸ La retribución protectora busca salvaguardar el balance social. Si una persona no ejerce control sobre sus acciones cuando pudo haberlo hecho, tiene una deuda con la sociedad y esta tiene derecho a castigarlo.¹⁹ Por último, la vindicación de la víctima reafirma su valor como ser humano; una vez el criminal reciba un castigo proporcional a la ofensa, el balance será restaurado.²⁰

B. Utilitarismo

La justificación de una práctica depende solo de sus consecuencias.²¹ Este tipo de teoría de puede dividir en dos: teoría de la prevención especial y teoría de la prevención general.

El propósito de la pena según la teoría de la prevención especial “consiste únicamente en hacer desistir al autor de futuros delitos”.²² Se trata de retener al condenado el tiempo que sea necesario hasta que esté resocializado. No tiene la misión de compensar, sino que se justifica cuando se usa como medio necesario para cumplir con la protección preventiva de bienes jurídicos.²³ Puede manifestarse de tres formas: (1) resguardando a la comunidad mediante el encierro del delincuente; (2) intimidando al autor mediante la pena para que no cometa más delitos, y (3) preservando la reincidencia mediante su corrección.²⁴ La prevención especial busca darle al ofensor un recuerdo claro de los riesgos de delinquir en un futuro.²⁵

Por su parte, la prevención general ve el fin de la pena a partir de su:

[I]nfluencia sobre la comunidad, que mediante las amenazas penales y la ejecución de la pena debe ser instruida sobre las prohibiciones legales y apartada de su violación. También . . . se trata . . . de una teoría que tiende a la prevención de

¹⁵ JOSHUA DRESSLER, UNDERSTANDING CRIMINAL LAW 16 (6ta ed. 2012).

¹⁶ ROXIN, *supra* nota 15, en la pág. 84.

¹⁷ DRESSLER, *supra* nota 17, en las págs. 17-18.

¹⁸ *Id.* en la pág. 17.

¹⁹ *Id.* en las págs. 17-18.

²⁰ *Id.* en la pág. 18.

²¹ *Id.* en la pág. 14.

²² ROXIN, *supra* nota 15, en la pág. 85.

²³ *Id.* en la pág. 85.

²⁴ *Id.* en las págs. 85-86.

²⁵ DRESSLER, *supra* nota 17, en la pág. 15.

delitos . . . como consecuencia de lo cual la pena debe, sin embargo, actuar no *especialmente* sobre el condenado, sino *generalmente* sobre la comunidad.²⁶

A su vez, la prevención general tiene dos aspectos: (1) positivos: refuerza la confianza en la firmeza y poder de ejecución del ordenamiento jurídico, y (2) negativo: intimida a otros que corren el peligro de cometer delitos semejantes.²⁷

Joshua Dressler, además de la prevención general y la prevención especial, cataloga como parte de la teoría utilitarista la incapacitación y la rehabilitación. La incapacitación busca la prevención del ofensor de cometer crímenes al segregarlo de la sociedad (encarcelarlo). La rehabilitación o reforma es una variedad no clásica del utilitarismo. Este modelo utiliza el sistema de correcciones para reformar al ofensor en vez de asegurar obediencia mediante el miedo de ser castigado.²⁸

II. LOS FINES DEL CASTIGO EN PUEBLO V. ÁLVAREZ CHEVALIER

El juez asociado Martínez Torres emitió expresiones acompañadas de su voto de conformidad cuando la mayoría decidió no expedir el recurso de *certiorari* que el señor Álvarez solicitó. En sus expresiones, el juez asociado se lanzó a argumentar en pocas palabras que todos los fines de la pena justificaban la sentencia de 372 años que el Tribunal de Primera Instancia le impuso al señor Álvarez Chevalier cuando este tenía diecisiete años. El Tribunal Supremo de Puerto Rico desperdició una oportunidad de atemperar el derecho de menores y otorgarles las protecciones mínimas que se le deben asegurar conforme lo establecido por la Corte Suprema de Estados Unidos en sus más recientes casos.

A. Los fines de la pena según la opinión concurrente en *Álvarez Chevalier*

i. “Hay que ser justos con todos, incluso con nuestra sociedad, y no solamente el convicto”.²⁹

La teoría de la retribución argumenta que la pena debe corresponder a la magnitud de la culpabilidad. El principio de la culpabilidad, como regla general, expone que “la pena [no] puede sobrepasar en su duración la medida de la culpabilidad. . .”.³⁰ De igual manera, supone que la pena no puede ser superior a la culpabilidad del autor y que el grado de culpabilidad se determina por factores internos del autor junto con la dimensión de daños ocasionados.³¹

26 ROXIN, *supra* nota 15, en la pág. 89.

27 *Id.* en la pág. 91.

28 DRESSLER, *supra* nota 17, en la pág. 15.

29 *Pueblo v. Álvarez Chevalier*, 199 DPR 735 (Martínez Torres, voto de conformidad).

30 ROXIN, *supra* nota 15, en la pág. 81.

31 *Id.*

La Corte Suprema de los Estados Unidos ha decidido que los jóvenes tienen responsabilidad atenuada al pautar que tienen capacidad disminuida y que no pueden ser clasificados entre los peores ofensores, por lo que su conducta no puede ser castigada como aquella de un adulto.³² Existen tres diferencias generales psicosociales para probarlo: (1) los científicos han probado que los jóvenes tienen un sentido de responsabilidad subdesarrollado y una inmadurez que desemboca en decisiones y acciones poco ponderadas; (2) los jóvenes son más susceptibles a influencias negativas y presiones de grupo; (3) el carácter de un joven no está tan bien formado como el de un adulto, y (4) las personalidades de los jóvenes son transitorias.³³

Según Roxin, merecida es sólo una pena acorde con la culpabilidad, por lo que se puede argumentar que los jóvenes, por su capacidad disminuida, nunca serán merecedores de penas de adultos. La idea central de la retribución es que la sentencia debe estar directamente relacionada a la culpabilidad del ofensor. La retribución en los menores no es proporcional si la ley más severa es impuesta.³⁴

ii. “Por eso, rehúso traicionar la seguridad de los habitantes de esta Isla para intervenir indebidamente y más de dos décadas después con una sentencia correcta en la que no se cometió error alguno”.³⁵

La prevención especial (que persigue intimidar al autor) en los jóvenes requiere que se determine que estos son incorregibles y que siempre serán un peligro para la sociedad.³⁶ Es difícil hasta para los psicólogos diferenciar entre los ofensores juveniles cuyos crímenes reflejan inmadurez, y los ofensores juveniles cuyos crímenes reflejan corrupción irreparable.³⁷ Por ese mismo comportamiento inmaduro e irresponsable es que su conducta no puede ser reprobable como la de un adulto.³⁸ La seguridad de la comunidad no es razón suficiente para encarcelar a un menor. Incorregibilidad no es sinónimo de juventud.³⁹

³² *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005).

³³ *Id.*

³⁴ *Graham v. Florida*, 560 US 48 (2010).

³⁵ *Álvarez Chevalier*, 199 DPR en la pág. 735 (Martínez Torres, voto de conformidad).

³⁶ *Graham*, 560 U.S. en la pág. 48.

³⁷ *Roper*, 543 U.S. en la pág. 551.

³⁸ *Álvarez Chevalier*, 199 DPR en la pág. 741 (Estrella Martínez, voto disidente).

³⁹ *Graham*, 560 U.S. en la pág. 48.

iii. “[H]ay que tomar en cuenta que delinquir tiene consecuencias graves”.⁴⁰

Partidarios de la teoría utilitarista creen que los humanos generalmente actúan de manera racional.⁴¹ La teoría de la disuasión (prevención especial en su modalidad de intimidación al autor o prevención general en su aspecto negativo) sugiere que permitir que los jóvenes sean sentenciados con los castigos disponibles a adultos podrá disuadirlos de cometer crímenes.⁴² No obstante, las mismas características que hacen a los menores menos culpables, son los elementos que sugieren que estos son menos susceptibles a ser disuadidos.⁴³ Los jóvenes son faltos de madurez y no tienen un sentido de responsabilidad desarrollado, lo que los conduce a tomar decisiones sin razonar.⁴⁴

Diversas investigaciones demuestran que la disuasión no es justificación para tratar a los jóvenes como adultos.⁴⁵ Por ejemplo, estudios realizados por *Centers for Disease Control and Prevention (CDC) Task Force on Community Preventive Services* indicaron que las tasas de reincidencia son más altas para los jóvenes que son procesados como adultos, concluyendo así que penar a un joven como adulto hace más daño que bien.⁴⁶ De la misma manera, hay poca evidencia que demuestre que sentencias más largas tienen un efecto disuasivo en los jóvenes. Es decir, un incremento en sanciones criminales para los jóvenes no tiene correlación con la disuasión.⁴⁷

⁴⁰ *Álvarez Chevalier*, 199 DPR en la pág. 736 (Martínez Torres, voto de conformidad).

⁴¹ DRESSLER, *supra* nota 17, en la pág. 14.

⁴² Neelum Arya, *Using Graham v. Florida to Challenge Juvenile Transfer Laws*, 71 LA. L. REV 99, 140 (2010).

⁴³ *Graham*, 560 U.S. en la pág. 48.

⁴⁴ *Id.*

⁴⁵ Arya, *supra* nota 44.

⁴⁶ *Id.* en las págs. 141-42.

⁴⁷ GARY W. KUBEK ET AL., BRIEF OF JEFFREY FAGAN, DEBORAH BASKIN, FRANK R. BAUMGARTNER, KATHERINE BECKETT, DONNA BISHOP, ALFRED BLUMSTEIN, ROBERT BRAME, TODD R. CLEAR, SIMON A. COLE, PHILIP J. COOK, FRANCIS T. CULLEN AND OTHERS (2012), *disponible en* https://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/supreme_court_preview/briefs/10-9647_petitioner_amcu_fagan_etal.pdf.

iv. “Hay maneras de rehabilitarse —es decir mejorar como ser humano— en la cárcel . . . La rehabilitación, que dicho sea de paso todavía no se ha demostrado en este caso, no conlleva siempre salir de la prisión . . .”⁴⁸

“[L]a teoría preventivo-especial sigue el principio de resocialización. . . . [Q]uiere ayudar al autor, es decir, no expulsarlo ni marcarlo, sino integrarlo. . . .”⁴⁹ Este tipo de prevención especial positiva no vive sin defecto. “Su defecto más grave consiste probablemente en que, . . . no proporciona un baremo para la pena. Este consistiría, en atención a sus consecuencias, en retener al condenado el tiempo necesario hasta que estuviera resocializado. Esto debería [conduce] a la introducción de una condena con pena de duración indeterminada. . . .”⁵⁰ También conduce a que se impongan penas desproporcionales “en el supuesto de que como síntoma se presentase una profunda alteración de la personalidad”.⁵¹

Para ofensores juveniles, que necesitan más que nadie la rehabilitación y son más receptivos a esta, la ausencia de oportunidades hace la desproporción de la sentencia aún más evidente.⁵² En algunas instancias, el propio sistema se convierte en cómplice.⁵³ Los jóvenes tratados como adultos no pueden ser utilizados como ejemplo para que el fin de la rehabilitación se cumpla porque no hay indicadores de que los jóvenes son más propensos a recibir tratamiento y servicios dentro del sistema criminal.⁵⁴

La Constitución de Puerto Rico dispone que “[s]erá política pública del Estado Libre Asociado . . . reglamentar las instituciones penales para que sirvan a sus propósitos en forma efectiva y propender, dentro de los recursos disponibles, al tratamiento adecuado de los delincuentes para hacer posible su rehabilitación moral y social”.⁵⁵ La rehabilitación se contrapone a la situación en Estados Unidos y Puerto Rico, donde conjuntamente “cientos de miles de niños y adolescentes son procesados por el sistema de justicia para adultos y privados de libertad en centros para adultos, en lugar de [ser incorporados al] sistema de justicia juvenil”.⁵⁶ De esta forma, la pena elimina la rehabilitación.⁵⁷

⁴⁸ Pueblo v. Álvarez Chevalier, 199 DPR 735, 736 (Martínez Torres, voto de conformidad).

⁴⁹ ROXIN, *supra* nota 15, en la pág. 87.

⁵⁰ *Id.* en la pág. 88.

⁵¹ *Id.*

⁵² Graham v. Florida, 560 U.S. 48 (2010).

⁵³ *Id.*

⁵⁴ Arya, *supra* nota 44, en las págs. 143-44.

⁵⁵ CONST. PR art. VI, § 19.

⁵⁶ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS & ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS, NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN EL SISTEMA PENAL ADULTO EN ESTADOS UNIDOS, contraportada (2018), disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/NNA-USA.pdf>.

⁵⁷ Graham, 560 U.S. en la pág. 48.

CONCLUSIÓN

El Tribunal Supremo de Puerto Rico se negó a revisar una controversia novel en Puerto Rico, que le brindaba la oportunidad de pautar cambios en el derecho de menores y cuestionar las sentencias perpetuas por delitos cometidos cuando las personas eran menores de edad. Tanto los tribunales inferiores como el juez asociado Martínez Torres y todos los jueces que no se unieron a la opinión disidente del juez asociado Estrella Martínez, se negaron a considerar factores en el caso del señor Álvarez Chevalier que estaban obligados a evaluar retroactivamente por la nueva regla constitucional esbozada en *Miller v. Alabama*.⁵⁸ Estos factores eran: “(1) la edad cronológica [de Álvarez Chevalier]; (2) los rasgos de su carácter; (3) su nivel de madurez; (4) si tiende a incurrir en conducta de manera irreflexiva, sin ponderar sus consecuencias; (5) su historial familiar; (6) la funcionalidad del hogar donde se desarrolló; (7) su grado de participación en los delitos, y (8) sus probabilidades de rehabilitación”.⁵⁹

Aunque la sentencia no se catalogaba como ‘cadena perpetua’, la reclusión de 372 años imposibilitará al señor Álvarez Chevalier de vivir lo suficiente como para ser considerado para libertad bajo palabra. El juez asociado Martínez Torres hace un razonamiento muy conservador y decide que la sentencia del señor Álvarez *no* es una cadena perpetua y tendría derecho a libertad bajo palabra, por lo cual no le aplicaría la doctrina de *Miller*. “Solamente el más radical formalismo permite hacer una distinción práctica entre noventa y siete años de prisión . . . y reclusión perpetua sin derecho de libertad bajo palabra. La vida y la libertad de los ciudadanos no deben depender de distinciones tan finas”.⁶⁰

El juez asociado Martínez Torres, en su escueta opinión, decidió hablar de los fines del castigo sin base ni fundamento en la jurisprudencia federal. Reiteradas veces la Corte Suprema de los Estados Unidos ha desmentido los argumentos que el juez asociado Martínez Torres se sintió compelido a escribir, pero el Tribunal Supremo sigue dándole la espalda al mandato federal en asuntos de derechos de menores. Negar la reinserción de estos jóvenes a la sociedad, concluyendo erróneamente que estas sentencias cumplen con un fin social, hace un juzgamiento irrevocable del valor de su persona.

¿Cuántos menores renunciados hay en Puerto Rico? ¿Cuántos de estos están cumpliendo penas exageradas y desproporcionales a su culpabilidad? En Estados Unidos se hizo un estudio entre los estados de la unión para ver cuántos menores estaban cumpliendo penas de adultos en las cárceles,⁶¹ pero en ese estudio no se incluyó a Puerto Rico. No sabemos a cuántas personas confinadas se les está negando el derecho de revisar su sentencia conforme lo resuelto en *Miller* por

⁵⁸ *Miller v. Alabama*, 567 U.S. 460 (2012).

⁵⁹ *Pueblo v. Álvarez Chevalier*, 199 DPR 735, 748 (Estrella Martínez, voto disidente) (cita omitida).

⁶⁰ Luis E. Chiesa Aponte, *Derecho Penal Sustantivo*, 88 REV. JUR. UPR 149, 158 (2019).

⁶¹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS & ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS, *supra* nota 56.

argumentos como los del juez asociado Martínez Torres. Bajo este razonamiento, ninguna persona sentenciada una cantidad ilógica de años cuando fue menor de edad podrá invocar a *Miller*, porque en nuestro Código Penal la cadena perpetua *no existe*. La aplicación de la jurisprudencia federal al derecho de menores de Puerto Rico no implica ni obliga a los tribunales a excarcelarlos. Sin embargo, sí implica darles una oportunidad real de demostrar que se han rehabilitado. La verdadera rehabilitación comienza por no enviar a los jóvenes al sistema criminal de adultos.

HISTORIA EN TIEMPOS DE COLONIA: LA EDUCACIÓN COMO ENAJENACIÓN COLECTIVA

ENSAYO

VALERIE K. CRUZ NEGRÓN*

DESDE QUE LAS VELAS DE CUMPLEAÑOS ANUNCIABAN MI OCTAVA VUELTA al sol, recuerdo la famosa pregunta... Aún retumba en mi conciencia el: “¿qué vas a ser cuándo grande?” de mi abuela y el: “*tienes que escoger una carrera para hacer el proyecto de la escuelita*” de mi madre. Doctora, enfermera, cantante, actriz, abogada; las posibilidades eran infinitas, demasiado infinitas diría yo. Pero todos estamos de acuerdo con que la *educación* es la base del colectivo social, lo que nos une, lo que nos crea. De donde todas éstas maravillosas ocupaciones nacen en primer lugar, de donde nace la tan aterradora pregunta que expuse anteriormente.

Pero, así como crea, la educación, como cualquier fuerza mundial; tiene la facultad de destruir. Eso es exactamente lo que sucede cuando se nos educa a base de filtros: libros filtrados, currículos filtrados, facultades, nociones y mentes filtradas; el sistema sirve como molde y nuestras mentes la masa. A veces siento que el sistema de educación, el que tiene como responsabilidad fomentar toda esta noción de lo que es aprender, nos falla. Los libros de texto que vierten sobre nuestra conciencia el conocimiento filtrado por el tiempo y las circunstancias nos dicen que “los indígenas murieron por enfermedades” pero no nos dicen que los españoles los trajeron, nos dicen que “los Estados Unidos vinieron para salvarnos” pero no nos dicen que al llegar devaluaron el peso de plata a casi la mitad de su valor, creando un efecto dominó en nuestra economía y asegurando esa dependencia interminable entre Puerto Rico y los ‘héroes’ americanos. No se nos educa de manera concisa acerca de nuestra historia como puertorriqueños y queda claro que: **MERECEMOS EL DERECHO A UNA EDUCACIÓN SIN FILTROS.**

La estandarización del sistema educativo es otro agente contaminante que quiebra al estudiantado y protege el famoso filtro del que les hablé anteriormente. Así como pienso yo, piensan miles de jóvenes que, al abrir el panfleto de una prueba estandarizada, se mueren de ansiedad. Preguntándose qué será de ellos cuando su futuro, único e incomparable con el de cualquier otro joven, se define con una simple cifra que proviene de la misma prueba que evalúa a un colectivo con *distintas* necesidades y condiciones. Ese precisamente es el problema con el sistema educativo, **TODO** es una cifra. Todo lo queremos simplificar en números.

* La autora es estudiante de 18 años ganadora del Certamen de Ensayos: Voces Juveniles. El Certamen formó parte de los eventos que sirvieron de antesala a la Cumbre Justicia Temprana, celebrada el 26 de abril de 2019 por la Revista Jurídica de la UPR. El Ensayo está publicado tal cual fue presentado para preservar el estilo e intención de la autora.

Para el sistema soy un número de SIE y en el salón de clases un porciento. Porque para ser considerada brillante debo que tener calificaciones perfectas. Porque en algunas clases, mi educación en pleno siglo 21 depende de libros que tienen más de una década y, por consiguiente, están desactualizados y no van acorde a la necesidad del estudiante. Porque para ser buena alumna, tengo que hacer silencio y obedecer. Nos graduamos de escuela superior como productos para la sociedad, salimos *nuevos de paquete* desde una fábrica donde somos bañados en una mezcla de estándares y sazonados con la capacidad de obedecer sin cuestionar; nos graduamos, la gran mayoría, perdidos entre las líneas del alzhéimer histórico.

El sistema y la sociedad nos crean y en cierto punto, como productos, se nos exige vivir a base de lo siguiente: debes vivir entumecido, ignorante, votar por el azul o el rojo y entrar en negación cada primero de mayo; *el bipartidismo a flor de piel*. Porque en mi escuela no hay papel de baño, pero la Comisionada Residente tiene una nueva guagua valorada en unos \$80,000. Porque mi maestra de química no tiene los materiales necesarios para enseñar su clase de manera eficaz, pero Julia Keleher ganaba \$250,000 al año hace menos de un mes. No quiero que se me malinterprete, *creo* en la educación, pero *no* en el sistema. *Creo* en la escuela, *no* en sus métodos. La educación tiene el poder de mover mentes y sacudir almas, pero; si la educación acerca de los hechos que nos *formaron* no es real, ¿qué se puede esperar de nosotros como pueblo? ¿Qué se puede esperar? Si se nos priva nuestra propia historia. Toda esta enajenación, desde la conquista, ha quebrantado los aspectos sociopolíticos, culturales y económicos del país.

Luego de este largo viaje por la vereda del cuestionamiento, me siento obligada a volver al monstruo debajo de la cama, a la famosa pregunta, a la creadora de cuestionamientos existenciales. Odio cuando me preguntan qué pienso ser cuándo ‘grande’, pero cuando estoy sola, las cortinas cierran, el sol baja y el día termina la pregunta se cuele entre las paredes de cemento y me cuestiono: ¿qué deseo ser? He llegado a la siguiente conclusión: deseo, como dice mi amiga Julia de Burgos: “estar hecha de presentes” deseo ser el *ahora*, pero vivir inmersa en conocimiento acerca del pasado de mi patria, *sin* filtros. Es inútil querer saber acerca del futuro si no tenemos firme el suelo del presente, todo por no saber dónde realmente estuvo el pasado, NUESTRO pasado. ¿Cómo debo saber dónde estoy pisando si no sé dónde he pisado anteriormente? Silverio Pérez en su libro *La vitrina rota o ¿qué carajo pasó aquí?* muy bien expone la siguiente postura: “[e]ducándonos y entendiendo nuestra historia y el por qué hemos llegado a donde hemos llegado podemos contribuir a esa nueva toma de conciencia”.¹

En conclusión, estoy segura de que la educación y concientización *real* acerca de nuestro pasado es la llave para liberar toda esta represión, represión que ha ocasionado este gran problema de identidad que vivimos los puertorriqueños día a día desde el 1898. Finalizo con esto: en tiempos de crisis como los que está pasando mi isla, tiempos en los cuales me ha tocado ser estudiante, me he visto obligada a cuestionar el verdadero propósito del sistema de educación y mi propósito

1 SILVERIO PÉREZ, LA VITRINA ROTA O ¿QUÉ CARAJÓ PASÓ AQUÍ? 225 (2018) (énfasis suplido).

con él. Me pregunto el por qué el sistema siente necesario distanciarnos de una realidad que nos pertenece, una realidad que día a día se esconde debajo de las calles y nadie la ve, nadie la busca... Ojalá algún día tenga respuestas.

LA TRIPLE EXENCIÓN CONTRIBUTIVA: NAVAJA DE DOBLE FILO

NOTA

AMILKAR O. CRUZ PASTRANA*

INTRODUCCIÓN

EXISTE UN REFRÁN MUY CONOCIDO QUE REZA, “NO TODO LO QUE BRILLA ES oro”. Ese es el caso de Puerto Rico con el beneficio de la triple exención contributiva. En los pasados meses, este tema ha estado en la discusión pública específicamente en el contexto de los bonos de Puerto Rico. Recientemente, se discutieron los resultados y las recomendaciones emitidas por la Oficina de Rendición de Cuentas del Gobierno de los Estados Unidos (G.A.O., por sus siglas en inglés) en su informe titulado *Puerto Rico: Factors Contributing to the Debt Crisis and Potential Federal Actions to Address Them*.¹ Según el informe de la G.A.O., este beneficio contributivo representa una variable importante que explica las razones por las que Puerto Rico llegó a alcanzar la acumulación tan monumental de deuda pública que actualmente ostenta.² Pero, ¿qué exactamente es la triple exención contributiva?; ¿cómo abonó esta a nuestro problema de endeudamiento?; ¿por qué tuvimos que tomar tanto prestado?; ¿realmente la solución radica en que este beneficio contributivo se modifique? A continuación, se presenta una síntesis de los hallazgos más importantes del Informe, junto a una discusión sobre el alcance de la triple exención contributiva, su origen y desarrollo, y sus implicaciones.

I. G.A.O. HIGHLIGHTS

De acuerdo con el informe de la G.A.O., el déficit presupuestario del Gobierno de Puerto Rico se retrotrae específicamente al año 2002 y ha continuado en crecimiento hasta el presente.³ Para agravar aun más esta situación, desde el 2006 la economía de la Isla se ha mantenido en una constante recesión. Las razones que

* El autor es estudiante de cuarto año del Programa Conjunto J.D./M.B.A. de la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico. Fue miembro del Cuerpo Editorial de los Volúmenes 85, 86 y 87 de la Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico en calidad de Editor Asociado, Editor de Citación y Editor de Contenido respectivamente. Actualmente se encuentra como estudiante interno en la oficina del Hon. Edgardo Rivera García, Juez Asociado del Tribunal Supremo de Puerto Rico.

¹ UNITED STATES GOVERNMENT ACCOUNTABILITY OFFICE, PUERTO RICO: FACTORS CONTRIBUTING TO THE DEBT CRISIS AND POTENTIAL FEDERAL ACTIONS TO ADDRESS THEM 1 (2018), <https://www.gao.gov/assets/700/691675.pdf>.

² *Id.*

³ *Id.* en la pág. 8.

han aportado a esta contracción económica responden a: (1) la disminución en la población; (2) los altos costos energéticos y los relacionados a la importación de bienes; (3) regulaciones onerosas para permitir nuevos negocios; (4) la eliminación gradual del crédito fiscal a los bienes, y (5) las luchas bancarias y de vivienda.⁴ Como respuesta a esta crisis económica, los oficiales gubernamentales recurrieron al mercado municipal de bonos para emitir deuda y poder financiar las operaciones del Gobierno, en lugar de reducir su brecha fiscal mediante la reducción de gastos, el aumento de los impuestos, o una combinación de ambos. Esto provocó que, al día de hoy, la deuda pública ascienda los \$70 billones. Como consecuencia de lo anterior, el Informe señala los distintos factores del endeudamiento, entre los cuales se encuentran: (1) la sobreestimación de ingresos que entrarían al fisco; (2) el gasto excesivo; (3) la desatención a las razones detrás de la falta de fondos en los sistemas de pensión pública, y (4) la adquisición de préstamos para cubrir déficits presupuestarios.⁵

Ante esta realidad, el Informe sugiere al Congreso algunas acciones para corregir las variables que contribuyeron al crecimiento exponencial de la deuda pública. Entre las posibles acciones a tomar figuran: (1) la extensión de ciertas leyes federales de protección al inversionista a Puerto Rico; (2) la modificación de la autoridad de la Comisión de Bolsa y Valores (S.E.C., por sus siglas en inglés) sobre los requisitos de divulgación de bonos municipales, y (3) la transformación de la disposición de triple exención contributiva que establece la *Ley de relaciones federales*.⁶ Para propósitos de este escrito, el enfoque del análisis girará en torno a esta última recomendación.

II. BONOS TRIPLEMENTE EXENTOS DE CONTRIBUCIÓN

Desde el año 1917, se estableció un trato contributivo más favorable para los ingresos devengados por razón de intereses de los bonos de Puerto Rico, en comparación a bonos emitidos por los estados y sus subdivisiones políticas.⁷ En específico, la *Ley de relaciones federales* estableció la triple exención contributiva al disponer que:

[T]odos los bonos emitidos por el Gobierno de Puerto Rico, o por autoridad de este, estarán exentos de contribución por el Gobierno de los Estados Unidos, o por el Gobierno de Puerto Rico[,] o por cualquier subdivisión política o municipio de este o por cualquier estado, territorio o posesión, o por cualquier condado, municipio u otra subdivisión municipal de cualquier estado, territorio o posesión de los Estados Unidos o por el Distrito de Columbia.⁸

4 *Id.* en la pág. 27.

5 *Id.* en las págs. 15-37.

6 *Id.* en las págs. 38-43.

7 Puerto Rico Federal Relations Act, 48 U.S.C. §§ 731-55 (2012).

8 *Id.* § 745 (traducción suplida).

La triple exención contributiva de los bonos se refiere específicamente al beneficio contributivo que reciben los tenedores de bonos (popularmente conocidos como “bonistas”) de Puerto Rico. Este beneficio les permite excluir los intereses recibidos del pago de contribuciones sobre ingreso. La razón por la que esta característica resulta muy atractiva es porque permite que los inversionistas retengan más dinero en su bolsillo, en lugar de remitir parte de su ganancia al Estado en forma de contribuciones. Esto a su vez implica que el rendimiento de bonos triplemente exentos es mayor.

La razón por la que la G.A.O. opina que este beneficio constituyó un factor importante para el endeudamiento de Puerto Rico es porque la triple exención sirvió para continuar atrayendo inversionistas interesados en comprar las emisiones de bonos, cada vez más y más riesgosas. Es decir, el beneficio contributivo hizo que los inversionistas asumieran el riesgo de prestarle dinero a un gobierno con unos niveles de endeudamiento insostenibles. Esto implicaba una mayor posibilidad de impago, a cambio de recibir rendimientos superiores a otras inversiones. Dicho de otro modo, Puerto Rico pudo endeudarse porque hubo quienes estuvieron dispuestos a prestarle, al menos en parte, por la existencia de la triple exención contributiva.

III. HISTORIAL LEGISLATIVO DE LA TRIPLE EXENCIÓN CONTRIBUTIVA

El sistema tributario de Puerto Rico tiene sus orígenes, en gran medida, en la *Ley Jones-Shafroth de 1917*.⁹ Entre los propósitos de esta Ley federal se encontraba: (1) establecer un gobierno civil en Puerto Rico;¹⁰ (2) extender la ciudadanía americana a los puertorriqueños,¹¹ y (3) garantizar poderes legislativos generales para su gobernanza.¹² La facultad del Gobierno de Puerto Rico para imponer contribuciones fue uno de los poderes otorgados por la Ley. Específicamente, la Ley establece que:

No se impondrá ni cobrará derecho alguno sobre las exportaciones procedentes de Puerto Rico; pero podrán imponerse contribuciones e impuestos sobre la propiedad, ingresos, rentas internas, y por licencias, franquicias, privilegios y concesiones, cuando dichas contribuciones sean para los fines de los gobiernos insular y municipal, respectivamente, y se impongan según las disposiciones y prescripciones de la Asamblea Legislativa de Puerto Rico. . . .¹³

Sin embargo, esta facultad no era plena, ya que el Gobierno federal se reservaba el derecho de anular aquellas leyes con las que no estaba de acuerdo. De igual forma, se desprende del proceso legislativo detrás de esta provisión, que las

⁹ Jones-Shafroth Act, 48 U.S.C. §§ 731-916 (2012).

¹⁰ *Id.* § 731(b).

¹¹ *Id.* § 733.

¹² *Id.* § 821.

¹³ *Id.* § 745 (traducción suplida).

razones para otorgarla descansaban en una base humanitaria, con el objetivo de ayudar a la Isla.¹⁴ En palabras del senador James K. Vardaman, “it is for the purpose of enabling [the Puerto Rican people] to develop their country [and] to make the securities attractive by extending that exemption. It was thought by the committee that it would probably be best for those people.”¹⁵ No obstante, esta base humanitaria a la que aludía Vardaman ha sido puesta en duda ya que esta actitud contrastó con la reputación racista que le antecedía al Senador.¹⁶

Esta contradicción discursiva dio paso a que se cuestionaran los motivos reales detrás de la triple exención.¹⁷ En lo pertinente, algunos intimaron que los intereses reales estaban vinculados a los negocios que poseían inversionistas americanos en la Isla.¹⁸ En específico, autores de la publicación *American Municipalities* comentaron que en el mercado municipal de bonos, esta representaba la inversión más atractiva por los beneficios contributivos que acarrea.¹⁹ Sin embargo, en aquel entonces, la demanda de capital era baja pues no habían suficientes personas o entidades buscando tomar prestado.²⁰ Debido a lo anterior, se puede inferir que, en efecto, el interés que se estaba promoviendo no era el de los puertorriqueños, sino el de los inversionistas con gran capital.

IV. VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE ESTA DISPOSICIÓN

A pesar de las críticas que puedan señalarse sobre el proceso y las motivaciones que precedió la aprobación de la triple exención contributiva, resulta innegable que la misma también representa varias ventajas, así como desventajas, para Puerto Rico. Como mencioné al comienzo de esta Nota, entre las ventajas que supone esta provisión se encuentra el fácil acceso a los mercados de capital, pues la exención contributiva hace más atractivas, para los inversionistas, las emisiones de deuda de Puerto Rico y sus subdivisiones políticas.²¹ Además, la triple exención

¹⁴ Diane Lourdes Dick, *U.S. Tax Imperialism in Puerto Rico*, 65 AM. U. L. REV. 1, 47 (2015).

¹⁵ *Id.* (citando a 54 Cong. Rec. 2250 (1917) (statement of Sen. Vardaman)).

¹⁶ The New York Times, *Vardaman and the Fight of the Seven for the Vacant Senatorship in Mississippi: Unique Career of the Man Who Surprised His Friends*, N.Y. TIMES (9 de enero de 1910), <https://www.nytimes.com/1910/01/09/archives/vardaman-and-the-fight-of-the-seven-for-the-vacant-senatorship-in.html> (última visita 19 de mayo de 2018).

¹⁷ Dick, *supra* nota 12.

¹⁸ *Id.* en la pág. 47.

¹⁹ *Id.* (citando a The Daily Bond Buyer, *Municipal Financing in 1916*, 32 AM. MUNICIPALITIES 71, 107 (1916) <https://play.google.com/books/reader?id=c40oAQAAMAAJ&printsec=frontcover&output=reader&hl=en&pg=GBS.PA107>).

²⁰ *Id.*

²¹ Carlos E. Díaz Olivo & Edwin J. Vélez Borrero, *Promesa incumplida, Sánchez Valle, Franklin Trust: el rol de la Rama Judicial federal en la relación entre Puerto Rico y los Estados Unidos*, 86 REV. JUR. UPR 1, 27 (2017), http://revistajuridica.uprrp.edu/wp-content/uploads/2017/07/01.-Promesa-incumplida_86-REV-JUR-UPR-1-FINAL-1.pdf.

implica que Puerto Rico podría tomar prestado a tasas de interés más bajas en comparación con emisiones de bonos de similar riesgo que no cuentan con la triple exención, pues este beneficio contributivo permite que los inversionistas tengan un rendimiento mayor.²²

Ahora bien, de la misma forma que existen lucros al tener la triple exención contributiva, también hay riesgos relacionados con esta realidad. Tal y como señaló el informe de la G.A.O., el fácil acceso a los mercados de capital también propende a facilitar el sobreendeudamiento, pues los inversionistas están más dispuestos a asumir el riesgo.²³ Esto, por consiguiente, crea un círculo vicioso en el que Puerto Rico, necesitado de capital, acude a los mercados para tomar prestado para cubrir su déficit. Mientras, los inversionistas están inclinados a prestarle a Puerto Rico porque, a pesar del alto riesgo que representa darle dinero a un gobierno altamente endeudado, el rendimiento de la inversión compensa por el riesgo asumido.²⁴

CONCLUSIÓN

Luego de haber explorado su alcance, podemos concluir que la triple exención contributiva representa esa navaja de doble filo que, dependiendo de cómo se utilice, puede redundar en un beneficio propio o en un daño autoinfligido. Ciertamente, en estos tiempos estamos viendo las consecuencias de ese daño mencionado anteriormente. Es por esto que hoy, más que nunca, es importante repensar nuestro sistema tributario, pues al final del día, somos nosotros los puertorriqueños los que con nuestros impuestos subsidiamos este tipo de gestión gubernativa. Ante este panorama, ampliar los círculos de discusión en temas contributivos es una tarea que cobra mucho valor. No solo porque estos temas afectan directamente al bolsillo de los puertorriqueños, sino porque de su buen funcionamiento depende el poder garantizar un mejor futuro para las nuevas generaciones.

²² Por ejemplo, un bono de \$1,000 con una tasa de interés de 5% genera un ingreso anual de \$50. No obstante, al tomar en cuenta la tasa contributiva aplicable, la ganancia devengada en interés será menor. Si suponemos una tasa contributiva de 20%, el ingreso en intereses sería de \$40, lo que equivaldría a un rendimiento de 4%. Esto implica que, *ceteris paribus*, Puerto Rico puede usar la triple exención para emitir deuda por debajo de la tasa prevaleciente de interés de 5%, pues de así hacerlo, estaría de todos modos ofreciéndole a los inversionistas un mejor rendimiento *vis-à-vis* los bonos que no cuentan con la triple exención.

²³ UNITED STATES GOVERNMENT ACCOUNTABILITY OFFICE, *supra* nota 1, en la pág. 20.

²⁴ Dick, *supra* nota 14, en la pág. 48 n. 281 (Véase Sonia Colón *et al.*, *Puerto Rico: Still in the Spotlight*, 34 AM. BANKR. INST. L. REV. 14 (2015)).

CRYPTOCURRENCY EN PUERTO RICO: POSICIONAMIENTO, CONSIDERACIONES Y POSIBILIDADES ANTE LAS LEYES 20 Y 22

NOTA

VERÓNICA S. OTERO RIVERA*

“Mr. Lopez said he and a childhood friend, Rafael Perez, 31, were trying to set up a Bitcoin mine in their hometown. But electricity has been inconsistent, and mining even a single Bitcoin takes a lot of power, he said.”¹

INTRODUCCIÓN

ALGUNOS LE LLAMAN EL CRIPTOCOLONIALISMO,² MIENTRAS OTROS ABOGAN por el intenso desarrollo económico que promete.³ La criptomoneda ha hecho notar su presencia a nivel mundial y era de esperarse que tocara las puertas de nuestra Isla tarde o temprano. En el 2012, la Asamblea Legislativa, bajo la administración del exgobernador Luis Fortuño Bursset, aprobó un paquete de leyes que reformaba y expandía las posibilidades de los incentivos tributivos con el propósito de atraer compañías e individuos de alto poder adquisitivo. El objetivo fue lograr una inyección de capital en la economía local. Es al amparo de estas leyes que este sector de inversionistas ha llegado a nuestras costas. Los beneficios que ofrecen, en comparación con cualquier incentivo en los Estados Unidos continentales, ha hecho de Puerto Rico la casa de esta nueva clase de multimillonarios. El propósito de esta Nota es evaluar una serie de interrogantes en torno a la viabilidad económica que representa atraer a este tipo de inversionista a nuestra Isla a través de los beneficios que otorga la Ley Núm. 20-2012 y la Ley Núm. 22-2012.⁴

I. LEY NÚM. 20-2012 Y LEY NÚM. 22-2012

* La autora es Redactora Digital de *In Rev* y estudiante de segundo año del programa nocturno de la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico.

¹ Nellie Bowles, *Making a Crypto Utopia in Puerto Rico*, N.Y. TIMES (2 de febrero de 2018), <https://www.nytimes.com/2018/02/02/technology/cryptocurrency-puerto-rico.html>.

² *Id.*

³ Yalixa Rivera & Jonathan Levin, *Can Crypto, Cannabis and Nicolas Cage Boost Puerto Rico's Economy?*, BLOOMBERG BUSINESS (10 de septiembre de 2018), <https://www.bloomberg.com/news/articles/2018-09-10/can-crypto-cannabis-and-nicolas-cage-boost-puerto-rico-s-economy>.

⁴ Ley para fomentar la exportación de servicios, Ley Núm. 20 del 17 de enero de 2012, 13 LPRA §§ 10831-10844 (2018); Ley para incentivar el traslado de individuos inversionistas a Puerto Rico, Ley Núm. 22 del 17 de enero de 2012, 13 LPRA §§ 10851-10855 (2018).

Desde el 2012, la *Ley para fomentar la exportación de servicios* (en adelante, “Ley 20”) ha servido como punta de lanza para establecer el discurso de desarrollo económico vía exenciones contributivas. Como parte de la política pública empleada por el exgobernador Fortuño Bursset dentro del Modelo Estratégico para una Nueva Economía (MENE), la Ley 20 propuso el establecimiento de varios incentivos que pretendían hacer de la Isla una “jurisdicción idónea para convertirse en un gran y sofisticado eje de exportación de servicios”.⁵ Su exposición de motivos,⁶ según aprobada, disponía que la misma estaba dirigida a atender la necesidad de ampliar el espectro de servicios elegibles para exención contributiva bajo la Ley Núm. 73-2008, orientada fundamentalmente a la promoción de la industria manufacturera y limitada en sus disposiciones en cuanto a la industria de servicios en la Isla.⁷

La Ley 20 está dirigida a atraer el establecimiento de empresas que se dediquen principalmente a la exportación de servicios a clientes y poblaciones fuera de la Isla. Entre los beneficios principales que otorga la Ley 20 a los proveedores de servicios establecidos en el País, se encuentran tanto las reducidas tasas fijas de contribución sobre ingresos de hasta 3%,⁸ como algunas exenciones contributivas sobre propiedad mueble e inmueble de hasta un 90%. Las categorías de actividades económicas elegibles para exención bajo la Ley 20 se amplificaron a unas dieciocho categorías específicas. Dichas clasificaciones incluyen una de carácter general en la cual el Secretario de Hacienda tiene discreción para determinar si el servicio propuesto debe ser tratado como uno elegible conforme a lo dispuesto en la Ley. Los decretos otorgados en virtud de la Ley 20 tienen una vigencia de veinte años extensibles hasta diez años adicionales, mediante la autorización del Secretario de Hacienda.

En el mismo día de la aprobación de la Ley 20, la Asamblea Legislativa aprobó su ley hermana: La *Ley para incentivar el traslado de individuos inversionistas a Puerto Rico* (en adelante, “Ley 22”). Dirigida a proveer exenciones contributivas al capital extranjero, la Ley 22 ofrece la exención total de contribuciones sobre ingreso pasivo generado de las inversiones hechas por un residente extranjero, siempre y cuando este se convierta en residente *bonafide* de Puerto Rico. Bajo esta Ley, la exención contributiva es elegible para ganancias generadas pasivamente por bonos, acciones o cualquier otro instrumento de inversión,⁹ ya sea a través de fondos mutuos de Puerto Rico o de otras instituciones bancarias o financieras internacionales. Dispone además, que las exenciones contributivas para estos nuevos

⁵ Exposición de motivos, *Ley para fomentar la exportación de servicios*, Ley Núm. 20 del 17 de enero de 2012, 2012 LPR 241, 243.

⁶ *Id.*

⁷ Véase *Ley de incentivos económicos para el desarrollo de Puerto Rico*, Ley Núm. 73 del 28 de mayo de 2008, 13 LPRA §§ 10641-10661 (2018).

⁸ La Ley Núm. 20-2012 establece una tasa fija de 4% con posibilidad de una reducción por un 1% según sus disposiciones.

⁹ Exposición de motivos, *Ley para incentivar el traslado de individuos inversionistas a Puerto Rico*, Ley Núm. 22 del 17 de enero de 2012, 2012 LPR 638, 640.

residentes les serán aplicables solamente hasta diciembre del 2035, de modo que al entrar el año 2036 les serán aplicables las tasas contributivas sobre ingresos pasivos vigentes al momento.¹⁰

Al amparo de este paquete de leyes, particularmente la Ley 22, se ha comenzado a mudar a la Isla un sector de inversión muy particular de nuestro tiempo: los inversionistas de la criptomoneda.¹¹ Este tipo de inversión es una práctica que se distancia un poco de los métodos más utilizados en la especulación financiera y reta la imaginación de los que no estamos familiarizados con la idea de un mundo financiero enteramente virtual.

II. LA CRIPTOMONEDA

La criptomoneda o el *cryptocurrency* es una moneda digitalizada, descentralizada y de fuente abierta (*open-source*).¹² Es decir, está enteramente establecida en una infraestructura digital y solamente existe como resultado de comunicación inalámbrica computarizada, usualmente vía la Internet.¹³ La descentralización de la criptomoneda responde principalmente a que su producción no es a mano única como las monedas nacionales, sino que la producen los mismos miembros de la comunidad virtual al adquirir acceso a las cadenas de registro criptográficas, mejor conocidas como *blockchains*.¹⁴ Esencialmente, el valor de cada moneda existe a raíz de un código de encriptación criptográfico insertado dentro de esta cadena de registro. Este código, a su vez, mantiene el historial de dicha moneda para evitar su doble utilización y las prácticas fraudulentas.¹⁵ De ahí su nombre: su prefijo *crypto* responde a la criptografía necesaria para insertar cada moneda dentro de un registro y atribuirle valor según su indiscifribilidad.

Aunque la criptomoneda y su mercado existen desde el 2008,¹⁶ la variedad de monedas disponibles para intercambiar e invertir es muy diversa hoy día. Quienes desean insertarse en este mercado de inversión tienen varias opciones para hacerlo. Para su intercambio y compraventa se han establecido diferentes infraestructuras digitales, o *third-parties*, necesarios para la administración de las ganancias generadas por el intercambio de sus criptomonedas.¹⁷ La ganancia puede

¹⁰ *Id.*

¹¹ Bowles, *supra* nota 1.

¹² Carmine DiPiero, *Deciphering Cryptocurrency: Shining a Light on the Deep Dark Web*, 2017 U. ILL. L. REV. 1267, 1270 (2017).

¹³ Stanković B. Ivica *et al.*, *Crypto-currency and E-Financials*, 4 INT'L J. ECON. & L. 132, 133 (2014).

¹⁴ Deidre A. Liedel, *The Taxation of Bitcoin: How the IRS Views Cryptocurrency*, 66 DRAKE L. REV. 107, 110 (2018).

¹⁵ *Id.* en las págs. 111-112.

¹⁶ DiPiero, *supra* nota 12, en la pág. 1271.

¹⁷ La infraestructura digital más común entre los inversionistas es Coinbase: <https://www.coinbase.com/>.

obtenerse por medio del canje de diferentes monedas digitales, bienes físicos o servicios, o por medio de compraventa.¹⁸

La inserción de las criptomonedas en el mercado económico ha sido un proceso lento, pero seguro. Entre los principales retos que suscriben estas monedas se encuentran la desregulación y la descentralización. Esto se debe a que todavía no hay bancos físicos a los que podamos ir para retirar nuestras criptomonedas ni existen entidades gubernamentales reguladoras que incidan sobre su valor. Sin embargo, las ganancias que han generado los inversionistas en los pasados años gracias a la compraventa de estas han sido extraordinarias. Estas ganancias, traducidas a miles de millones de dólares americanos, se deben, como en cualquier otro método de inversión, al alza en valor de las monedas digitales en los pasados años.¹⁹

III. LA CRIPTOMONEDA EN PUERTO RICO A LA LUZ DE LAS LEYES 20 Y 22

A. Cuestiones prácticas

Para Reeve Collins, un inversionista interesado en el desarrollo de la criptomoneda en Puerto Rico, “esta es la primera vez en la historia de la humanidad que cualquiera, aparte de reyes [y] gobiernos . . . pueden crear su propio dinero”.²⁰ Al no haber intervención gubernamental para la regulación de su producción, como lo sería la ejercida por parte de la Corporación Federal de Seguros de Depósitos (F.D.I.C., por sus siglas en inglés), ¿cómo entran estas ganancias dentro del esquema fiscal actual? Además, ¿cómo se han de tratar los millones de dólares que se mueven en este mercado virtual?

En el 2014, el Servicio de Rentas Internas Federal (I.R.S., por sus siglas en inglés) publicó un comunicado para presentar una guía de entendimiento sobre las monedas virtuales dentro del esquema contributivo y cómo estas han de ser consideradas para efectos tributarios.²¹ ¿Cómo se categoriza la moneda para estos efectos?, ¿es una moneda, así como lo es la moneda norteamericana? Las ganancias generadas por la fluctuación de valor de las criptomonedas en el mercado virtual, ¿son tributables? Ante estas interrogantes, el I.R.S. dispuso que las criptomonedas *no* han de entenderse como monedas, sino como bienes o propiedad.²² Así, todas las tasas contributivas federales aplicables a bienes o propiedad, serán aplicables al capital comprendido como moneda virtual.²³ Es decir, serán tributables

¹⁸ Liedel, *supra* nota 14, en las págs. 117-21.

¹⁹ Alfredo Oquendo, *Bitcoin supera los \$8.100 y el mercado de criptomonedas se pinta de verde*, CRIPTONOTICIAS (7 de octubre de 2018), <https://www.criptonoticias.com/mercado-cambiarior/bitcoin-supera-8100-mercado-criptomonedas-pinta-verde>.

²⁰ Bowles, *supra* nota 1 (traducción suplida).

²¹ I.R.S. Notice 2014-21, 2014-16 I.R.B. 938, <https://www.irs.gov/pub/irs-drop/n-14-21.pdf>.

²² *Id.* en la pág. 2.

²³ *Id.* en la pág. 1.

todas las ganancias que surjan a partir de transacciones hechas con monedas virtuales, ya sean intercambios o compraventas.²⁴ En los Estados Unidos continentales, las tasas contributivas para ganancias capitales ascienden hasta un 33% entre contribuciones estatales y federales.²⁵ No en balde, los atractivos de las leyes 20 y 22 son incentivos suficientes para venderlo todo y mudarse a la Isla.

Tanto la Ley 20 como la Ley 22 están dirigidas principalmente a atraer inversión extranjera a Puerto Rico y a fomentar la exportación de servicios con sede en la Isla. En virtud de esta política pública, la Ley 20 limita las actividades económicas elegibles a aquellas que se presten en beneficio de quienes no sean residentes de la Isla o compañías organizadas bajo las leyes de Puerto Rico.²⁶ Es decir, los servicios elegibles no pueden tener un nexo con Puerto Rico. Según el Reglamento para la Ley 20, se entenderá que los servicios prestados tienen un vínculo con Puerto Rico cuando su cliente es residente de Puerto Rico o si dicho servicio está “relacionado con las operaciones de un cliente en Puerto Rico”.²⁷ Un decreto contributivo bajo la Ley 20 solo podrá ser otorgado a entidades que provean servicios desde Puerto Rico, pero para el exterior. Es preciso preguntarnos: ¿Cómo podría establecerse una compañía dedicada a la inversión de criptomoneda y que pueda, de alguna manera, promover el desarrollo económico para la Isla, si los puertorriqueños ni entidades con sede en Puerto Rico podrían gozar de esos servicios?

Pensemos en el siguiente ejemplo: supongamos que Inversionista A, veterano en el intercambio de criptomonedas, desea establecer una compañía de infraestructura digital para el mercado de criptomonedas, dedicada a ser el intermediario en las transacciones entre los compradores de las criptomonedas y los vendedores. El servicio provisto por dicha compañía es elegible para los beneficios contributivos de la Ley 20, en la medida en que le sirve principalmente a una población global de cripto inversionistas. Su sede es Puerto Rico, sus oficinas están situadas físicamente en la Isla y dependen principalmente de una infraestructura digital sin limitaciones geográficas. Ahora bien, ¿puede cualquier cripto inversionista puertorriqueño gozar de los servicios que ofrecería esta compañía, a los efectos de efectuar compraventa de sus criptomonedas a través de esta como tercero y maximizar sus ganancias dentro de este mercado de inversión? A mi juicio, la respuesta sería en la negativa. Para recibir la concesión contributiva, dicha compañía deberá presentar evidencia al Secretario del Departamento de Desarrollo Económico y Comercio de las medidas que tomará para demostrar que ha restringido el

²⁴ *Id.*

²⁵ Kyle Pomerleau & Richard Borean, *How High are Capital Gains Tax Rates in Your State?*, TAX FOUNDATION (20 de febrero de 2014), <https://taxfoundation.org/how-high-are-capital-gains-tax-rates-your-state/>.

²⁶ Ley para fomentar la exportación de servicios, Ley Núm. 20 del 17 de enero de 2012, 13 LPRÁ § 10831 (2018).

²⁷ Departamento de Desarrollo Económico y Comercio, Reglamento para implantar las disposiciones de la Ley Núm. 20-2012, Núm. 8313 § IV(K) (27 de diciembre de 2012), <http://app.estado.gobierno.pr/ReglamentosOnLine/Reglamentos/8313.pdf> (traducción suplida).

ofrecimiento de estos servicios a la población puertorriqueña y así, cumplir con el requisito de no tener nexos con Puerto Rico.

En otro escenario, contemplemos lo siguiente: Inversionista B, también veterano de la cripto inversión, decide comenzar una compañía dedicada principalmente a la minería de criptomonedas. Este negocio es, esencialmente, la producción de monedas mediante un protocolo matemático que genera la criptografía de cada moneda y la inserta dentro de un registro, conocido como el *blockchain*.²⁸ Esta compañía instala sus supercomputadoras en Puerto Rico y utiliza la infraestructura digital de la Isla. Dicha compañía se dedicaría a producir las monedas para insertarlas en el mercado global. ¿Podría el gobierno de Puerto Rico otorgar un contrato preferente con dicha compañía para asegurar la compra de criptomonedas a favor del erario puertorriqueño? De nuevo, parecería responderse en la negativa en la medida en que la ganancia obtenida tras servirle al Gobierno de Puerto Rico no es elegible para las tasas contributivas disponibles al amparo de la Ley 20 por su patente nexo con la Isla.

B. Algunas interrogantes

Mi imaginación es limitada respecto a las posibilidades de negocio que podrían implementarse dentro de la cripto inversión bajo la Ley 20 a los efectos de contribuir directamente al desarrollo económico de Puerto Rico. A lo sumo, entiendo se podría emplear el recurso tecnológico puertorriqueño para esta encomienda, que es precisamente la propuesta del Gobierno actual. Esto, sin embargo, acarrea enormes retos dentro de nuestra pésima realidad infraestructural posterior al huracán María.

Como sugiere la cita de epígrafe, la electricidad y los recursos tecnológicos necesarios para sostener nuevas encomiendas de negocio dentro de esta industria implican una gran inyección de capital para lograr establecer una base sólida. Es precisamente esto lo que propone Brock Pierce, multimillonario y veterano en la inversión vía criptomoneda.²⁹ Pierce ve a Puerto Rico como un terreno fértil para comenzar a crear, desde cero, una sociedad enteramente basada en la moneda virtual.³⁰ La propuesta de Pierce, y otros, suena utópica y difícil de concretar. No obstante, a mi juicio, responde a un deseo genuino por parte de este sector de hacer de Puerto Rico un espacio propicio y fértil para la maximización de sus ganancias. Pero, ¿cómo traducir la bonanza económica que este tipo de inversionista deriva de las leyes de incentivos, a un beneficio directo para nuestra población?

Al considerar el efecto principal que han tenido las leyes de incentivos previas en nuestra historia, es imprescindible cuestionarnos qué rol juega la industria bancaria dentro de la viabilización de la inversión de criptomonedas y su presencia en

²⁸ Jimi S., *Blockchain: How Mining Works and Transactions are Processed in Seven Steps*, MEDIUM (2 de mayo de 2018), <https://medium.com/coinmonks/how-a-miner-adds-transactions-to-the-blockchain-in-seven-steps-856053271476>.

²⁹ Bowles, *supra* nota 1.

³⁰ *Id.*

Puerto Rico al amparo de las leyes 20 y 22. ¿Cómo promover mayor liquidez, mejoramiento crediticio y capacidad prestataria de la banca puertorriqueña, si el gran capital derivado de criptomonedas queda sito fuera de nuestras costas? ¿Cuán consistente sería hablar de los efectos secundarios, o el *spillover effect*,³¹ que producen estas leyes de incentivos contributivos sobre el crecimiento económico puertorriqueño cuando las ganancias de estos inversionistas no se encuentran geográficamente en Puerto Rico? Al amparo de la Ley 20, específicamente, ¿cómo podrían incorporarse a Puerto Rico compañías dedicadas a esta industria, y que la misma redunde en un efecto económico positivo y contundente para la población puertorriqueña?

Ambas leyes contemplan servicios dentro de unas categorías específicas y limitadas: consultoría, servicios de promoción, centros de llamadas o *call centers*, entre otros. Aunque ya existía la inversión de las criptomonedas para el 2012,³² los legisladores no contemplaban la inserción de esta práctica en Puerto Rico dentro de este marco legal. Como mínimo, las leyes de incentivos en el pasado resultaron principalmente en la promoción del capital privado interno vía el depósito comercial en los bancos locales.³³ A mi juicio, el beneficio contributivo que reciben los inversionistas de la criptomoneda al amparo de la Ley 22 es la mejor expresión del desbalance que representan estas leyes a la hora de promover el desarrollo económico de la Isla, *vis-à-vis* el desarrollo de capital privado.

Las ganancias pasivas, generadas a largo plazo, que surjan de la retención y venta de criptomonedas son las que estarán sujetas a tasas contributivas preferenciales exorbitantes en Puerto Rico. Cuestionemos si estas rendirán el efecto contemplado por la legislación con respecto al desarrollo económico de Puerto Rico, principalmente por ser ganancias de inversiones descentralizadas y que no consisten ni en depósitos directos sobre la banca local ni en inyecciones directas sobre el capital tecnológico de la Isla.

CONCLUSIÓN

Tanto la Ley 20 como la Ley 22 fueron contempladas para tipos de inversión y negocio que, a mi entender, no armonizan fácilmente con las prácticas económicas del mundo virtual y otorgarle los beneficios provistos parecería desmesurado. En el caso particular de la Ley 20, las iniciativas de negocio que podrían comprenderse dentro de la elegibilidad de servicios, y que a su vez aporten directamente al desarrollo económico de la Isla, me parecen limitadas para la inversión en moneda virtual. Es imprescindible comenzar a debatir la compatibilidad de estas leyes con las prácticas de inversión emergentes, y cuestionarnos continuamente la eficacia de estas en la práctica, en contraste con su propósito principal: el

³¹ MARIA CARKOVIC & ROSS LEVINE, DOES FOREIGN DIRECT INVESTMENT PROMOTE DEVELOPMENT? 195-96 (Theodore H. Moran et al., eds.) (2005).

³² Liedel, *supra* nota 14, en la pág. 110; DiPiero, *supra* nota 12, en las págs. 1269-1270.

³³ Diane Lourdes Dick, *U.S. Tax Imperialism In Puerto Rico*, 65 AM. U. L. REV. 1, 76-78 (2015).

desarrollo económico de Puerto Rico. Esperemos que los proyectos de legislación a presentarse, con respecto a la regulación y control contributivo sobre esta práctica, nos arrojen más luz que oscuridad.³⁴

³⁴ Véase Eva Lloréns Vélez, *Blockchain Advisory Council Established by Puerto Rico Government*, CARIBBEAN BUSINESS (16 de marzo de 2018), <https://caribbeanbusiness.com/blockchain-advisory-council-established-by-puerto-rico-government/>; Rut N. Tellado Domenech, *Vislumbran generar \$20 millones en Expo Puerto Rico*, EL NUEVO DÍA (22 de febrero de 2018), <https://www.elnuevodia.com/negocios/empresas/nota/vislumbrangenerar20millonesenexpopuertorico-2400893/>.

ANTE UN PURGATORIO JURÍDICO: CONTEXTUALIZANDO LA LEGALIZACIÓN DEL CANNABIS MEDICINAL EN PUERTO RICO

COMENTARIO

JOEL R. RODRÍGUEZ SÁNCHEZ*

INTRODUCCIÓN

EN TIEMPOS RECIENTES, HA HABIDO UN AUGE EN LA DISCUSIÓN DE LA legalización o descriminalización del cannabis medicinal. En Estados Unidos, la primera jurisdicción estatal en aprobar la legalización del cannabis para usos medicinales fue el estado de California en el año 1996.¹ Posteriormente, sobre treinta estados han legalizado el uso del cannabis para fines exclusivamente salubristas.² A pesar de ello, el choque entre la política prohibicionista federal y la apertura estatal en torno a la legalización del cannabis medicinal, requerirá un ojo avizor ante el constante desarrollo legal y jurisprudencial.

Este es el primero de una serie de dos escritos donde se pretende exponer el contexto político y jurídico en el que se desarrollan las primeras órdenes ejecutivas que despenalizaron el uso del cannabis medicinal y que desembocaron en la reciente legalización del cannabis medicinal en Puerto Rico. El segundo escrito tendrá el propósito de presentar, discutir y analizar la carencia de protecciones en el ámbito laboral en relación con los empleados que figuran como pacientes de cannabis medicinal y las políticas patronales. Ambos escritos tienen como objetivo ofrecer un tracto jurídico sobre la legalización del cannabis medicinal en Puerto Rico, señalar el inevitable choque de legislación estatal con los estatutos federales prohibicionistas, y anticipar las posibles repercusiones que conlleva el uso medicinal del cannabis y la potestad del empleador de asegurar un ambiente de trabajo “libre de drogas”.

I. CAMBIO DE PARADIGMA: PODERES DE LA RAMA EJECUTIVA EN MIRAS A LA LEGALIZACIÓN

* El autor es Redactor Digital de *In Rev* y estudiante de tercer año de la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico.

¹ National Conference on State Legislatures, *State Medical Marijuana Laws*, NCLS (25 de octubre de 2018), <http://www.ncsl.org/research/health/state-medical-marijuana-laws.aspx>; John Balzar, *Voters Approve Measure to Use Pot as Medicine*, L.A. TIMES (6 de noviembre de 1996), http://articles.latimes.com/print/1996-11-06/news/mn-62740_1_voters-approve-measure.

² Jeremy Berke & Skye Gould, *Canada Has Legalized Marijuana— This Map Shows Every US State That Has Legalized Marijuana*, BUSINESS INSIDER (17 de octubre de 2018), <https://www.businessinsider.com/legal-marijuana-states-2018-1>.

Recientemente, la acogida del cannabis medicinal por parte de la mayoría de las jurisdicciones estatales en Estados Unidos recibió la anuencia del presidente Barack Obama durante los dos términos que ejerció como primer ejecutivo. La política pública implementada a través del Departamento de Justicia de los Estados Unidos (en adelante, “Departamento”) tuvo el efecto de redirigir la atención del enjuiciamiento de individuos usuarios y en posesión de pequeñas cantidades de cannabis, hacia otras áreas que el Departamento estimaba que requerían mayor atención. Por conducto de una serie de memorandos dirigidos a los fiscales de Estados Unidos, redactados tanto por David W. Ogden como por James M. Cole, se establecieron las guías en relación con el cumplimiento de estatutos prohibicionistas sobre la marihuana.³ Desde que se estableció la nueva política pública, en la que se entrará en detalle más adelante, el enfoque por parte de los agentes fiscalizadores del País se ha centrado en intervenir con personas u organizaciones envueltas en actividades delictivas relacionadas a la industria del cannabis, consideradas como violaciones notables a la ley. El objetivo principal fue: (1) la prevención de venta a menores; (2) el financiamiento de empresas y organizaciones criminales; (3) el traspaso de la droga a estados en donde se mantiene ilegal su consumo; (4) la venta de cannabis como pretexto para la distribución de otras drogas; (5) la violencia que se pudiese generar por la clandestinidad; (6) el financiamiento de empresas ilegales; (7) las consecuencias negativas de salud pública; (8) el cultivo del cannabis, y (9) su utilización y posesión en propiedad federal.⁴

Ahora bien, resulta importante destacar los distintos enfoques que se desprenden de cada uno de estos documentos oficiales del Departamento. Durante el primer término del expresidente Barack Obama, el fiscal general, David W. Ogden, emitió en octubre de 2009 el primer memorando de una serie de guías sobre la discreción de los fiscales para hacer cumplir la prohibición federal del cannabis. Esto se suscitó a raíz del incremento en la legalización del uso del cannabis para fines medicinales en los estados.³ El propósito fue expresar que, aunque el Congreso aún estima el cannabis como una droga peligrosa incluida como sustancia controlada bajo la categoría número uno del *Controlled Substances Act*,⁴ no resultaba costo efectivo que los limitados fondos del Departamento fuesen dirigidos a financiar la fiscalización y enjuiciamiento de individuos “cuyas acciones estaban claras e inequívocamente en cumplimiento con las leyes estatales existentes que

³ Véase David W. Ogden, *Memorandum for all United States Attorneys: Investigations and Prosecutions in States Authorizing the Medical Use of Marijuana*, U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE (19 de octubre de 2009), <https://www.justice.gov/sites/default/files/opa/legacy/2009/10/19/medical-marijuana.pdf>.

⁴ James M. Cole, *Memorandum for all United States Attorneys: Guidance Regarding Marijuana Enforcement*, U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE (29 de agosto de 2013), <https://www.justice.gov/iso/opa/resources/3052013829132756857467.pdf>.

³ Ogden, *supra* nota 3.

⁴ Controlled Substances Act of 1970, 21 U.S.C. § 812(c)(c)(10) (2011) (las sustancias ubicadas en la categoría número uno del estatuto se caracterizan como drogas u otras sustancias que tienen un potencial alto de abuso, no cuentan con ningún uso como tratamiento médico en los Estados Unidos, y hay una carencia de uso seguro bajo supervisión médica).

regulan el uso medicinal de la marihuana”.⁵ El objetivo era canalizar el poder fiscalizador de la agencia federal en torno a empresas comerciales que ilegalmente mercadeaban y se lucraban de la venta de marihuana, en violación al estado de derecho del foro estatal y federal. El memorando ofrece una lista no exhaustiva de las características presentes en el tráfico de drogas de potencial interés federal:

[U]nlawful possession or unlawful use of firearms; violence; sales to minors; financial and marketing activities inconsistent with the terms, conditions, or purposes of state law, including evidence of money laundering activity and/or financial gains or excessive amounts of cash inconsistent with purported compliance with state or local law; amounts of marijuana inconsistent with purported compliance with state or local law; illegal possession or sale of other controlled substances; or ties to other criminal enterprises.⁸

Posteriormente, el 29 de junio de 2011, bajo la tutela del fiscal general James M. Cole, se emitió un memorando en donde se reafirmaron las disposiciones de la pasada guía sobre la fiscalización en las jurisdicciones que autorizaban el uso medicinal del cannabis.⁶ No obstante, este documento incluyó un señalamiento más restrictivo con relación a las empresas privadas que se estaban insertando en el mercado del cannabis medicinal como cultivadores, distribuidores y vendedores de la planta. Sostuvo entonces que el memorando del pasado Fiscal General no buscaba proteger a estas empresas de la prohibición federal. Esta nueva orden enfatizó el hecho de que, ante las disposiciones del Estatuto federal, las leyes estatales u ordenanzas no servirían como protección a empresas que hicieran negocios en la industria del cannabis medicinal. De esta forma, se asesoró expresamente a favor de que, a discreción de los fiscales federales ubicados en los estados, se interviniera con dichas empresas. Al cabo de dos años, en agosto de 2013, el Departamento actualizó las guías en cuanto a la discreción para intervenir, o no, con el cannabis medicinal.⁷ Con ello, se recalcó que, históricamente, el Departamento no ha destinado sus recursos al “enjuiciamiento de individuos cuya conducta se limita a la posesión de pequeñas cantidades de marihuana para uso personal en propiedad privada”.⁸ Asimismo, el memorando colocó mucho peso sobre la necesidad de que las regulaciones estatales sean robustas y eficientes en fiscalizar la industria del cannabis. Así pues, se subrayó la posibilidad de que, ante sistemas regulatorios ineficientes, podría haber intervención federal para corregir dichas ineficiencias.

James M. Cole concluyó dicho memorando, al igual que los que le antecedían, con la aclaración de que no alteraban de ninguna manera la autoridad del

⁵ Ogden, *supra* nota 3 (traducción suplida).

⁸ *Id.*

⁶ James M. Cole, *Memorandum for all United States Attorneys: Guidance Regarding the Ogden Memo in Jurisdictions Seeking to Authorize Marijuana for Medical Use*, U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE (29 de junio de 2011), <https://www.justice.gov/sites/default/files/oip/legacy/2014/07/23/dag-guidance-2011-for-medical-marijuana-use.pdf>.

⁷ Cole, *supra* nota 4.

⁸ *Id.* (traducción suplida).

Departamento en aplicar la Ley federal, independientemente de cualquier ley estatal. Al contrario, solo se remitían como una guía para el ejercicio discrecional de los poderes de fiscalización y de investigación de los fiscales. Finalmente, en febrero de 2014, se emitió el último memorando bajo la administración del expresidente Obama con relación al aspecto monetario y contributivo de la industria del cannabis medicinal.⁹ Su objetivo fue proveer una guía en relación con los crímenes financieros por parte de las empresas privadas dedicadas al cultivo, mercadeo, distribución, manufactura y venta del cannabis y sus derivados. Nuevamente, se reafirmaron los objetivos de los pasados memorandos.

El enfoque promovido por ambos fiscales generales estuvo acompañado de una justificación en relación con la utilización eficiente de los fondos del Departamento. Como se mencionó anteriormente, la política pública implementada evitaba considerar la posesión de pequeñas cantidades de cannabis para uso personal en espacios privados —o por parte de individuos grave o terminalmente enfermos— como suficiente para movilizar la maquinaria fiscalizadora federal hacia un enjuiciamiento. Esto dejó el manejo de estas situaciones al arbitrio de las leyes de cada estado sobre la regulación y fiscalización del uso y posesión de cannabinoides. Ante este cambio de perspectiva paradigmático en torno a la utilización del cannabis para fines medicinales, Puerto Rico también figuró como parte de las jurisdicciones dirigidas a la despenalización de la sustancia controlada y la apertura a su utilización para tratamiento médico.

II. LEGALIZACIÓN DEL CANNABIS MEDICINAL EN PUERTO RICO

Uno de los primeros pasos para permitir el uso del cannabis medicinal en Puerto Rico lo dio el exgobernador Alejandro García Padilla mediante la Orden Ejecutiva Núm. 10 de 3 de mayo de 2015. En esa orden, el exgobernador delegó a la secretaria del Departamento de Salud, Ana Ríos Armendáriz, la autorización del uso medicinal de los derivados de la planta del cannabis.¹⁰

A raíz de esta encomienda, Ríos Armendáriz emitió una orden declarativa para cumplir con las directrices del Gobernador de turno, al exponer brevemente un informe sobre los usos medicinales del cannabis y sus derivados, tanto en Estados Unidos como en jurisdicciones internacionales.¹¹ Posteriormente, el Secretario de Estado aprobó el Reglamento Núm. 155 y el Reglamento Núm. 8766 del

⁹ James M. Cole, *Memorandum for all United States Attorneys: Guidance Regarding Marijuana Related Financial Crimes*, U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE (14 de febrero de 2014), <https://dfi.wa.gov/documents/banks/dept-of-justice-memo.pdf>.

¹⁰ Orden Ejecutiva Núm. 10, Bol. Adm. Núm. OE-2015-010 (3 de mayo 2015), <https://estado.pr.gov/wp-content/uploads/2015/05/OE-2015-010.pdf>.

¹¹ Orden Declarativa del Departamento de Salud Núm. 32 (17 de julio de 2015), <http://www.salud.gov.pr/Estadisticas-Registros-y-Publicaciones/visos%20Pblicos/Orden%20Declarativa%20Número%2032.pdf>.

Departamento de Salud, en miras a regular el uso, posesión, cultivo, formas de producción, dispensación, distribución e investigación del cannabis medicinal.¹²

Con esto, Puerto Rico abrió sus puertas, por vez primera en tiempos modernos, a la despenalización y medicalización del cannabis. Los esfuerzos estuvieron dirigidos a la pronta apertura de la industria del cannabis medicinal en Puerto Rico por medio de las facultades de la Rama Ejecutiva. Esto ocasionó que Puerto Rico forme parte de la anterior mencionada política pública federal y las demás jurisdicciones estatales que adoptaron mecanismos similares para posibilitar el uso de una sustancia controlada, que a todos los efectos continúa siendo considerada una sustancia ilegal a nivel federal.

Tras los esfuerzos de la Rama Ejecutiva por viabilizar la industria del cannabis medicinal en Puerto Rico, la Asamblea Legislativa, con el propósito de proveer un marco legal de mayor profundidad, legalizó el cannabis medicinal como alternativa terapéutica en la trata de condiciones y enfermedades. La *Ley para manejar el estudio, desarrollo e investigación del cannabis para la innovación, normas aplicables y límites* (en adelante, “Ley Medicinal”), propuso establecer “los controles y las herramientas requeridas para adoptar la reglamentación necesaria para que pacientes puedan tener acceso al cannabis medicinal y para el desarrollo ordenado de la industria que en su consecuencia emerge”.¹³ Además de disponer la despenalización del cannabis medicinal en relación a los usuarios que cumplan con los requisitos registrales que dispone la Ley Medicinal, el estatuto crea a su vez una Junta Reglamentadora del Cannabis y ordena tanto los procesos concernientes al cultivo de la planta, como la venta del producto final. Entre estas etapas, se incluyó la aprobación de un reglamento oficial por la autoría del Departamento de Salud, con el propósito de definir los trámites de la solicitud para figurar como paciente usuario de cannabis medicinal, al igual que reglamentar la operación de esta industria en la Isla.¹⁴

Con el propósito de fiscalizar, la Ley Medicinal identifica las personas que figuran como usuarios de cannabis medicinal debidamente certificados. La Ley define “paciente” como:

[U]na persona que recibe una recomendación de un médico autorizado para el cannabis medicinal como tratamiento para su condición y a la cual se le ha expedido una identificación por la Junta luego del proceso de registro, conforme al

¹² Departamento de Salud de Puerto Rico, Reglamento para el uso, posesión, cultivo, manufactura, producción, fabricación, dispensación, distribución e investigación de cannabis medicinal, Núm. 155 (28 de diciembre de 2015), <http://www.salud.gov.pr/Estadisticas-Registros-y-Publicaciones/Reglamentos/Reglamento%20155.pdf>; Departamento de Salud de Puerto Rico, Reglamento para el uso, posesión, cultivo, manufactura, fabricación, dispensación, distribución e investigación del cannabis medicinal, Núm. 8766 (8 de julio de 2016), <http://www.salud.gov.pr/Documents/Cannabis/Reglamento%208766.pdf> (ambos reglamentos han sido derogados).

¹³ Exposición de motivos, Ley para manejar el estudio, desarrollo e investigación del cannabis para la innovación, normas aplicables y límites, Ley Núm. 42 de 9 de julio de 2017, 2017 LPR 1641.

¹⁴ Departamento de Salud de Puerto Rico, Reglamento para manejar el estudio, desarrollo e investigación del cannabis para la innovación, normas aplicables y límites, Núm. 9038 (2 de julio de 2018), <http://www.salud.gov.pr/Documents/Cannabis/Reglamento%20de%20Cannabis%209038.pdf>.

marco de esta Ley M[edicinal] y los reglamentos que se aprueben conforme a la misma. También incluye a los pacientes no residentes en Puerto Rico, pero que residen en alguno de los demás estados de la Nación que reciban una recomendación médica de un médico autorizado, que tengan una identificación expedida por el estado de residencia del paciente no residente, expedida para estos propósitos y que además cumplan con todos los requisitos que se identifiquen mediante reglamento en conformidad con este capítulo.¹⁵

Igualmente, se estableció como política pública del Gobierno de Puerto Rico el proveer un marco regulatorio para la adopción de “una alternativa de tratamiento a personas con ciertas condiciones médicas”.¹⁶ Con ello se recaló la necesidad de que Puerto Rico no le cierre “la puerta al desarrollo de estudios científicos de investigación, tratamiento y medicamentos. . . . [en miras a] viabilizar el estudio, desarrollo y tratamiento con cannabis . . .”.¹⁷ Por otro lado, se dispuso que la Junta reglamentará y supervisará la industria del cannabis medicinal.¹⁸ Esto último incluye: (1) la determinación de las condiciones médicas por las cuales se pudiese recetar el cannabis; (2) métodos de administración del cannabis medicinal; (3) seguridad en el empleo de los trabajadores de la industria; (4) los controles con relación al cultivo de la planta; (5) permisos de contratación, y (6) la administración y contabilización del registro de médicos y pacientes, entre otros asuntos.¹⁹

Toda persona que cumpla con los requisitos de certificación médica y con los procesos reglamentados al amparo de esta Ley, “no estarán sujetas a sanciones penales del Gobierno de Puerto Rico u ordenanzas de cualquier autoridad gubernamental de Puerto Rico”.²⁰ De esta forma, la Ley proveyó un marco legal meridianamente claro, puesto que el estatuto se erige específicamente para zanjar un problema salubrista en la población puertorriqueña. La Ley prohíbe el consumo del cannabis para fines recreativos y con ello expone a los individuos que violen esta disposición a las penalidades impuestas por ley pues, el cannabis medicinal “se limitará exclusivamente a su uso médico autorizado”.²¹ De esta manera, con la aprobación de una pieza legislativa tan reciente como esta, Puerto Rico oficialmente se convirtió en una jurisdicción que reconoce la utilización del cannabis para fines medicinales.

A poco más de un año de la legalización del cannabis medicinal en Puerto Rico, la tasa de personas que se han sometido al proceso de inscripción ha incrementado de manera progresiva. Según la más reciente recopilación de datos por parte del Departamento de Salud de Puerto Rico, actualmente se han certificado

¹⁵ Ley para manejar el estudio, desarrollo e investigación del cannabis para la innovación, normas aplicables y límites, Ley Núm. 42 de 9 de julio de 2017, 24 LPRA § 2621a(v) (2017).

¹⁶ *Id.* § 2621(b).

¹⁷ *Id.*

¹⁸ *Id.* § 2622(a).

¹⁹ *Id.*

²⁰ *Id.* § 2623.

²¹ *Id.* § 2623(a).

a 35,378 personas como pacientes.²² Entre esta cifra de pacientes debidamente registrados, aproximadamente el 75% se encuentran en edades productivas.²³ Inclusive ante un análisis conservador de las estadísticas provistas, el cálculo resultaría en un total de 26,950 entre las edades de cero a sesenta años. Asimismo, según estadísticas provistas por el Departamento de Salud de Puerto Rico, para la fecha del 4 de agosto de 2018, en Puerto Rico existían 350 médicos capacitados para certificar a personas con una necesidad *bona fide* para la utilización de cannabis medicinal.²⁴

CONCLUSIÓN

El estado de derecho en las distintas jurisdicciones de Estados Unidos es bastante moderno, aunque en Puerto Rico podría catalogarse como prematuro. Vemos entonces cómo, progresivamente, diversos ordenamientos jurídicos se han liberalizado para así permitir el uso del cannabis medicinal a través de un mecanismo cuasi-legislativo que surgió como reconocimiento a las nuevas tendencias en la medicina gracias al uso de la planta del cannabis. Puerto Rico se encuentra en pleno proceso de adaptación ante los retos que traen consigo los cambios paradigmáticos. En última instancia nuestro estado de derecho, aunque ostente mayor flexibilidad de la que puede disfrutar el foro federal, se regirá primordialmente según se determine en la Legislatura y las determinaciones de la Rama Judicial.

En el próximo escrito analizaremos el conflicto entre las leyes estatales que legalizan el cannabis para su uso medicinal y la prohibición federal de la sustancia. Esta realidad ha provocado, y provocará, una disputa incesante entre los foros estatales y el foro federal, en tanto y en cuanto las disposiciones federales mantengan la prohibición. En Puerto Rico, no ha transcurrido suficiente tiempo como para observar la interacción entre la Ley Medicinal, el *Controlled Substances Act* y otras disposiciones federales y estatales relevantes en la suscitación de controversias en distintas áreas de nuestra sociedad. Específicamente, se examinará el disloque jurídico que existe en el ámbito laboral.

²² Junta Reglamentadora de Cannabis Medicinal, *Estadísticas Pacientes*, DEPARTAMENTO DE SALUD DE PUERTO RICO (1 de septiembre de 2018), <http://www.salud.gov.pr/Documents/Cannabis/Estadisticas%20Pacientes.pdf>.

²³ *Id.*

²⁴ Junta Reglamentadora de Cannabis Medicinal, *Estadísticas de Médicos*, DEPARTAMENTO DE SALUD DE PUERTO RICO (1 de septiembre de 2018), <http://www.salud.gov.pr/Documents/Cannabis/Estadisticas%20Medicos.pdf>.

ANTE UN PURGATORIO JURÍDICO: EL CANNABIS MEDICINAL EN EL CONTEXTO LABORAL

ARTÍCULO

JOEL R. RODRÍGUEZ SÁNCHEZ*

INTRODUCCIÓN

TRAS LA DESPENALIZACIÓN DEL CANNABIS MEDICINAL, PUERTO RICO SE enfrenta a un inminente choque con las políticas prohibicionistas del cannabis que imperan en el ordenamiento jurídico federal. Junto con las demás jurisdicciones estatales que han reconocido el valor medicinal del cannabis, Puerto Rico se inserta en una frágil disyuntiva entre: (1) la legalización del cannabis medicinal; (2) la carencia de estatutos dirigidos a la protección de sus pacientes en el ámbito laboral, y (3) las penalidades federales a las que se exponen los patronos con pacientes de cannabis medicinal en su fuerza laboral. Esta contradicción estatutaria, aun cuando en parte provee una alternativa esencial para el tratamiento de ciertas enfermedades y condiciones, tiene efectos en términos prácticos que se postran como una justificación para el despido de estos empleados, quienes quedan inevitablemente indefensos.

En el artículo anterior se expuso el estado de derecho federal en la actualidad, contexto en el cual surgen los inicios de la despenalización del cannabis medicinal en Puerto Rico.¹ Además, se proveyó un marco expositivo sobre el estado jurídico en el que posiblemente se desarrollarán controversias que desembocarán en nuestros tribunales concernientes al cannabis medicinal. Partiendo del marco provisto, en esta segunda parte de la serie evaluaremos la carencia de protecciones en el ámbito laboral en cuanto a los empleados que figuran como pacientes de cannabis medicinal.

I. PROHIBICIÓN FEDERAL DEL CANNABIS Y SUS IMPLICACIONES EN EL ÁMBITO LABORAL

En el presente existe una prohibición federal en torno a la utilización del cannabis tanto para uso recreacional como medicinal. Según establecido en la cláusula de supremacía de la Constitución de los Estados Unidos, dichas disposiciones

* El autor es Redactor Digital de *In Rev* y estudiante de tercer año de la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico.

¹ Véase Joel R. Rodríguez Sánchez, *Ante un purgatorio jurídico: Contextualizando la legalización del cannabis medicinal en Puerto Rico*, 2 IN REV UPR 57 (2019), <http://revistajuridica.uprrp.edu/in-rev/index.php/2018/11/01/ante-un-purgatorio-juridico-contextualizando-la-legalizacion-del-cannabis-medicinal-en-puerto-rico/>.

estatutarias son vinculantes a todos sus estados y territorios.² En este sentido, a pesar de que los estados cuentan con la libertad de legislar sobre la legalización del uso medicinal del cannabis, en el momento en que estos estatutos sean retados en corte por entrar en conflicto con cualesquiera de las disposiciones federales, prevalecerán las últimas.

La *Comprehensive Drug Abuse Prevention and Control Act of 1970*, mejor conocida como *Controlled Substances Act*, es la ley federal que prohíbe la utilización de la planta de marihuana y sus derivados. Esta define la marihuana de la siguiente manera:

The term “marihuana” means all parts of the plant *Cannabis sativa* L., whether growing or not; the seeds thereof; the resin extracted from any part of such plant; and every compound, manufacture, salt, derivative, mixture, or preparation of such plant, its seeds or resin. Such term does not include the mature stalks of such plant, fiber produced from such stalks, oil or cake made from the seeds of such plant, any other compound, manufacture, salt, derivative, mixture, or preparation of such mature stalks (except the resin extracted therefrom), fiber, oil, or cake, or the sterilized seed of such plant which is incapable of germination.³

Al basarse en esta amplia definición de la sustancia controlada, el estatuto federal coloca la marihuana, los cannabinoides y sus agentes en su renglón más estricto.⁴ Según establecido por el Congreso, las sustancias controladas incluidas en esta clasificación se consideran con alto potencial de abuso y carecen del valor medicinal comúnmente aceptado en los Estados Unidos. Además, no se consideran como un método seguro para utilizarse bajo supervisión médica.⁵ Esta categorización que propone la Ley federal respecto al cannabis desfavorece la utilización de la sustancia como un método alternativo de tratamiento para ciertas condiciones y enfermedades. Esto será un punto clave en cómo se adecua el cannabis medicinal conforme a los requisitos y protecciones federales en el ámbito laboral.

Un dilema de este tipo se encuentra en uno de los requisitos dispuestos por la *Drug-Free Workplace Act of 1988*.⁶ Según dicha Ley, un patrono al que se le haya otorgado un contrato por una agencia federal para llevar a cabo cierta tarea, deberá certificar que sus espacios de trabajo estén libres del uso de drogas. La Ley dispone expresamente que no se considerarán aptos para contratación con alguna agencia federal las personas que se nieguen a evidenciar que proveerán un espacio de trabajo libre de drogas.⁷ El propósito de esta restricción es asegurar que los

2 U.S. CONST. art. VI, § 1, cl. 2.

3 *Comprehensive Drug Abuse Prevention and Control Act of 1970*, 21 U.S.C. § 802 (2012).

4 *Id.* § 812(c).

5 *Id.* § 812(b)(1).

6 *Drug-Free Workplace Act of 1988*, 41 U.S.C. §§ 8101-06 (2012).

7 *Id.* § 8102 (a)(1).

fondos federales se destinen a contratistas con protocolos establecidos para emplear individuos que no sean usuarios de sustancias controladas ilícitas.⁸ En miras a promulgar este objetivo, la reglamentación dispone que los individuos a ser contratados, o ya contratados, no podrán ilegalmente manufacturar, distribuir, dispensar, poseer o utilizar sustancias controladas mientras dure el contrato.⁹ Además, se establece que las personas que violen la Ley no serán elegibles para recibir subsidios federales.¹⁰ De esta manera, el Congreso pretende asegurar la implementación de factores disuasivos para los empleados usuarios de sustancias controladas por medio de los patronos, sus políticas de empleo y las posibilidades de que contraten con el Gobierno federal.

El problema de las mencionadas legislaciones surge cuando nos encontramos ante pacientes que, por virtud de leyes estatales, hacen uso del cannabis para propósitos medicinales. La complicación se debe a que la cláusula de supremacía de la Constitución federal obliga a los estados a implementar la legislación federal. Es decir, todo patrono que contrate con una agencia federal se verá obligado a cumplir con las disposiciones del *Drug-Free Workplace Act of 1988*, independientemente de que la ley estatal provea para algún uso legal del cannabis. Aunque no todos los patronos brindan servicios al Gobierno federal, ciertamente esta se convierte en la primera trinchera en el ámbito laboral donde se muestra el choque entre la legislación federal y estatal.

Otro ejemplo de la disyuntiva que existe entre la reglamentación laboral federal y estatal se puede encontrar en la *Americans with Disabilities Act of 1990* (en adelante, “A.D.A.”). Bajo esta Ley, los empleados pacientes de cannabis medicinal no podrían ampararse bajo la protección federal contra el discrimen por incapacidad.¹¹ Primeramente, para que un empleado pueda estar protegido por la A.D.A., este debe ser considerado como un individuo cualificado. No obstante, la definición que el estatuto ofrece sobre qué personas serán consideradas como *individuos cualificados con una incapacidad* dispone que “[p]ara propósitos de este título, no será un individuo cualificado con una incapacidad cualquier empleado o aspirante que se encuentre actualmente utilizando drogas ilícitas, cuando la entidad cubierta actúe a base de dicho uso”.¹² En *James v. City of Costa Mesa*,¹³ el Noveno Circuito de la Corte de Apelaciones de Estados Unidos atendió una reclamación basada en las protecciones que contempla la A.D.A. El caso trataba sobre una pareja casada que eran pacientes de cannabis medicinal en California. La pareja, ante

⁸ *Id.* (este requisito es exceptuado cuando se trata de contrataciones que meramente van dirigidas a la compraventa de mercancías).

⁹ *Id.* § 8101(a)(2).

¹⁰ *Id.* § 8103(a)(1).

¹¹ *Americans with Disabilities Act of 1990*, 42 U.S.C. §§ 12114-17 (2012) (no se entrará en las particularidades de la Ley en cuanto a las circunstancias en las que es aplicable ya que, para fines de este artículo, el análisis se limitará a las disposiciones concernientes a pacientes de cannabis medicinal).

¹² *Id.* § 12114(a) (traducción suplida).

¹³ *James v. City of Costa Mesa*, 700 F.3d 394 (9th Cir. 2012).

sus esfuerzos para combatir los constantes cierres de dispensarios de cannabis medicinal por el Gobierno federal, arguyeron que bajo el Título II de la A.D.A. estos establecimientos debían estar protegidos por ejercer una función esencial de proveerles a los demandantes acceso a su tratamiento. Sin embargo, la Corte denegó la petición de los demandantes al determinar que la A.D.A. define *illegal drug use* según las definiciones de la ley federal, en donde se encuentra prohibido el uso del cannabis para cualquier fin.¹⁴

La Jueza Marsha Berzon, concurriendo en parte y disintiendo en parte, expuso que a pesar de que en este caso en particular hubiese llegado a la misma conclusión de la mayoría, no procedía determinar que bajo ninguna circunstancia los usuarios de cannabis medicinal se podrían encontrar protegidos bajo la A.D.A.¹⁵ Tras una mirada al texto utilizado en el estatuto y el historial del mismo, los argumentos de la parte demandante se postran con mayor favorabilidad en contraste con la postura de los demandados pues la A.D.A. establece que el término *illegal drug use* no incluye la utilización de sustancias controladas consumidas bajo la supervisión de un profesional de la salud licenciado.¹⁶ Bajo la interpretación de la Jueza, se proveería la posibilidad de que los demandantes se pudiesen amparar bajo las protecciones de la A.D.A. La Jueza expresa que no está de acuerdo con “la noción de que los jueces pueden inventar la manera en que la ADA y la [*Controlled Substances Act*] debieran ser armonizadas”.¹⁷ Para la jueza Berzon se trata de estatutos federales que no entran en conflicto, pues ambos se destinan a ámbitos distintos, y, en la situación en que sí hubiera una incongruencia entre los estatutos, es del pensar que se debería interpretar que la A.D.A. tiene hegemonía sobre la *Controlled Substances Act*, por la primera haber sido aprobada posterior a esta última.¹⁸ Las expresiones de la jueza Berzon reiteran la postura en cuanto a que existe la posibilidad de que una corte se enfrente con circunstancias en donde un usuario de cannabis medicinal pudiese acogerse a las protecciones de la A.D.A.

Ante este escenario normativo, la única instancia en donde un empleado que trabaje para una compañía que brinde servicios a alguna agencia federal pudiese consumir cannabis medicinal como tratamiento, sin necesariamente ser disciplinado o inclusive despedido, sería al amparo del *Family and Medical Leave Act of 1993* (F.M.L.A.).¹⁹ Esta Ley provee hasta un máximo de doce semanas de licencia por enfermedad, sin paga, cuando el empleado se ve en la necesidad de atender asuntos relacionados a su propia salud o la de un familiar.²⁰ En lo que nos concierne, un empleado podría solicitar una licencia por enfermedad cobijándose en este Estatuto por razón de una condición seria de salud que imposibilite la

¹⁴ *Id.* en la pág. 398.

¹⁵ *Id.* en las págs. 405-406 (Berzon, J., concurring in part and dissenting in part).

¹⁶ *Id.* en la pág. 413.

¹⁷ *Id.* en la pág. 411 (traducción suplida).

¹⁸ *Id.*

¹⁹ Family and Medical Leave Act of 1993, 29 U.S.C. §§ 2601-54 (2012).

²⁰ *Id.* § 2612(a)(1)(D).

ejecución de las funciones de su posición.²¹ Para esto, algunos de los datos que el empleado debe proveerle a su empleador, vía una certificación médica, incluyen la fecha en que la condición seria de salud comenzó, un estimado del tiempo que probablemente dure la condición, y los hechos médicos dentro del conocimiento del proveedor de salud con relación a la condición.²² Sin embargo, entre la información que se debe notificar al empleador no se encuentra el tipo de tratamiento que recibirá el empleado.²³ El hecho de que el empleado vaya a utilizar cannabis medicinal como una alternativa terapéutica resulta irrelevante para la expedición de la licencia.

Aun así, resulta sumamente escasa e inexistente la aparente protección que pudiese lograrse para los pacientes de cannabis medicinal a través del F.M.L.A. La Ley federal se postra más como una pequeña inadvertencia legal de la que muy pocas personas pudiesen aprovechar, y que en realidad dejan desatendidas las necesidades médicas de los pacientes de cannabis medicinal puesto que acogerse a los beneficios de esta Ley, y presumiendo que en el período de tiempo protegido los empleados lograsen estabilizar sus condiciones, sería sostener la errada idea de que, en doce semanas, por ejemplo, el tratamiento en controversia pudiese curar las posibles condiciones que sufra el empleado. Tomando en consideración el hecho de que la mayoría de las personas que optan por tratamientos con cannabis sufren de condiciones crónicas o recurrentes, es decir, condiciones con síntomas consistentes que no cuentan con una cura en el presente, el F.M.L.A. no resulta eficaz para aquellos pacientes sujetos a los ya mencionados estatutos federales.²⁴ El F.M.L.A. tampoco resulta como una alternativa viable ya que un individuo dejaría de devengar su salario, durante lo que podrían ser semanas, para consecuentemente recibir la atención médica requerida y esto de por sí representa una deuda adicional para la persona.

Todo este panorama federal se ha complicado aún más en tiempos recientes. Bajo la administración del presidente Donald J. Trump, el pasado Fiscal General del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, Jefferson “Jeff” B. Sessions, volvió a enfocar la atención del Departamento de Justicia en la industria del cannabis y sus usuarios. En un memorando dirigido a todos los fiscales de Estados Unidos, se rescindieron todas las guías previamente dirigidas a estos durante la presidencia de Barack Obama.²⁵ Del memorando se desprende que ya el Departamento de Justicia contaba con unos principios establecidos para gobernar todos los enjuiciamientos federales. Por ende, según la actual administración, resultaban

²¹ *Id.*

²² *Id.* § 2613(b).

²³ *Id.*

²⁴ Junta Reglamentadora de Cannabis Medicinal, *Estadísticas Pacientes*, DEPARTAMENTO DE SALUD DE PUERTO RICO (1 de septiembre de 2018), <http://www.salud.gov.pr/Documents/Cannabis/Estadisticas%20Pacientes.pdf>.

²⁵ Office of the Attorney General, *Memorandum for all United States Attorneys*, U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE (4 de enero de 2018), <https://www.justice.gov/opa/press-release/file/1022196/download>.

innecesarias las guías previamente establecidas para dirigir la discreción de los fiscales en relación con la intervención del Departamento en la industria del cannabis.²⁶ De esta forma se eliminó la flexibilización a través del cambio de enfoque institucional en torno a la industria del cannabis.

II. *CUSTODE VACANTEM*: FRENTE A UN VACÍO ESTATUTARIO Y JURISPRUDENCIAL EN PUERTO RICO

Mediante la aprobación de la *Ley para manejar el estudio, desarrollo e investigación del cannabis para la innovación, normas aplicables y límites* (en adelante, “Ley Medicinal”), se despenalizó el uso del cannabis medicinal para personas debidamente registradas en Puerto Rico.²⁷ Sin embargo, aunque actualmente optar por este tratamiento alternativo es legal, la Ley Medicinal no trajo consigo alguna protección laboral a quienes hoy día figuran como pacientes de cannabis medicinal.²⁸

Para efectos de la discusión de esta sección es necesario contextualizar varios elementos. La *Ley de sustancias controladas de Puerto Rico* define el término *marihuana* de manera homóloga a la ley federal.²⁹ Al igual que en la *Controlled Substances Act*, en Puerto Rico, la marihuana, los cannabinoides y los cannabinoides sintéticos se encontraban en la clasificación número uno, su renglón más estricto.³⁰ Las sustancias controladas en esta clasificación se presumen que tienen un alto potencial de abuso, carecen de algún uso medicinal aceptado en Estados Unidos y no se consideran que pueden tener un uso seguro, ni tan siquiera bajo supervisión médica.³¹ No obstante, el cannabis fue trasladado a la clasificación número dos de la *Ley de sustancias controladas de Puerto Rico* por virtud del Artículo 8 de la Ley Medicinal.³² Según esta clasificación, se le reconoce un uso medicinal a las sustancias controladas aquí contenidas, a pesar de considerarse con alto potencial de abuso y generadora de dependencia física o psicológica.³³

²⁶ Véase Rodríguez Sánchez, *supra* nota 1 (donde se explora la reglamentación del cannabis implementada por la administración del expresidente Obama).

²⁷ Ley para manejar el estudio, desarrollo e investigación del cannabis para la innovación, normas aplicables y límites, Ley Núm. 42 de 9 de julio de 2017, 24 LPRR §§ 2621-26(h) (2011 & Supl. 2018).

²⁸ Reglamento para manejar el estudio, desarrollo e investigación del cannabis para la innovación, normas aplicables y límites, Núm. 9038 (2 de julio de 2018), <http://www.salud.gov.pr/Documents/Cannabis/Reglamento%20de%20Cannabis%209038.pdf> (el Reglamento no provee protección laboral alguna, sino que se limita a expresamente disponer en su artículo 148(B), que dicho documento no autoriza a los pacientes de cannabis medicinal a consumir el mismo en su lugar de trabajo de no ser que el patrono lo autorice).

²⁹ Ley de sustancias controladas de Puerto Rico, Ley Núm. 4 de 23 de junio de 1971, 24 LPRR §§ 2102-2698 (2011 & Supl. 2018).

³⁰ *Id.* § 2202.

³¹ *Id.* § 2202(b)(1).

³² 24 LPRR § 2623 (2011 & Supl. 2018).

³³ 24 LPRR § 2202 (2011 & Supl. 2018).

El efecto práctico de la Ley Medicinal es la despenalización del uso medicinal del cannabis. Esto implica que los pacientes de este tipo de tratamiento están excluidos de ser procesados por la violación de aquellas leyes que de ordinario prohíben el consumo de marihuana. La problemática surge en torno a las políticas laborales diseñadas por los patronos al momento de evaluar aspirantes para un empleo o de disciplinar a sus empleados. Independientemente de que el empleador haya contratado con alguna agencia federal, bastaría que la política de una compañía prohíba que sus empleados consuman sustancias controladas para negar una solicitud de empleo, disciplinar, e inclusive despedir a empleados usuarios de cannabis medicinal. Además, tanto en la esfera pública, como en la privada, los patronos tienen la potestad de hacer pruebas de detección de sustancias controladas a sus empleados.³⁴ El objetivo primordial de estas leyes es asegurar un ambiente de trabajo libre de drogas, velar por la salud y seguridad de los ciudadanos, y establecer el manejo correcto de la información médica resultante de las pruebas de detección. Acorde con el propósito y la política pública implementada por estas leyes, todo individuo que arroje positivo en dichas pruebas se expone a sanciones disciplinarias de su patrono, independientemente de que esté registrado en el Departamento de Salud como paciente *bona fide* de cannabis medicinal.³⁵

El conflicto de nuestro estado de derecho actual se circunscribe al hecho de que un individuo pueda estar recibiendo legalmente un tratamiento médico utilizando cannabis medicinal y aún así su empleador tenga la potestad de disciplinarlo o despedirlo. Como ya hemos establecido, en Puerto Rico no existe protección laboral alguna en contra de la discriminación contra empleados pacientes de cannabis medicinal. Un ejemplo de esta contradicción estatutaria se encuentra en la *Ley de indemnización por despido sin justa causa*, también conocida como la *Ley de despido injustificado*,³⁶ la cual establece como justa causa para el despido la “[v]iolación reiterada . . . de las reglas y reglamentos establecidas para el funcionamiento del establecimiento”. La *Ley de despido injustificado* no reconoce entre sus disposiciones alguna excepción que atempere este tipo de despido “justificado” contra empleados usuarios de cannabis medicinal a los enunciados de la *Ley Medicinal*.³⁷ Por otra parte, se encuentra la *Ley de discrimen en el empleo contra personas con impedimentos*,³⁸ equivalente a la ley A.D.A., la cual tampoco contempla protecciones para usuarios de cannabis medicinal. De hecho, la *Ley de discrimen*

³⁴ Ley para reglamentar las pruebas para la detección de sustancias controladas en el sector laboral privado, Ley Núm. 59 de 8 de agosto de 1997, 29 LPRÁ §§ 161-161(h) (2017); Ley para reglamentar las pruebas para la detección de sustancias controladas en el empleo en el sector público, Ley Núm. 78 de 14 de agosto de 1997, según enmendada, 3 LPRÁ §§ 2501-20 (2017).

³⁵ 29 LPRÁ § 161(b)(5) (2017); 3 LPRÁ § 2510 (2017).

³⁶ Ley de indemnización por despido sin justa causa, Ley Núm. 80 de 30 de mayo de 1976, 29 LPRÁ §§ 185(a)-185(n) (2017 & Supl. 2018).

³⁷ *Id.* § 185(b).

³⁸ Ley de discrimen en el empleo contra personas con impedimentos, Ley Núm. 44 de 2 de julio de 1985, 1 LPRÁ §§ 501-11(b) (2016).

en el empleo contra personas con impedimentos excluye expresamente de sus protecciones a los “adictos activos al uso de drogas ilegales”, según definido por la *Controlled Substances Act*.³⁹ De manera que, el efecto de adoptar las definiciones del estatuto federal previamente mencionado resulta en excluir de igual forma a cualquier individuo que utilice cannabis medicinal.

III. PROYECTOS DE LEY ANTE LA ASAMBLEA LEGISLATIVA

Actualmente, se encuentran ante la consideración de la Asamblea Legislativa de Puerto Rico dos proyectos de ley con el fin de establecer protecciones laborales a los pacientes de cannabis medicinal. El primero de estos es el Proyecto de la Cámara 1197, de la autoría de los representantes Jesús M. Ortiz González y Antonio L. Soto Torres, el cual pretende enmendar la Ley Medicinal para establecer que los pacientes de cannabis medicinal debidamente registrados sean considerados como categoría protegida para propósitos de todas las leyes de protección en el empleo.⁴⁰ La enmienda propuesta busca ofrecer amparo a estos empleados durante el “proceso de reclutamiento, contratación, nombramiento, terminación o la imposición de cualquier condición de penalización en el empleo, entre otros”.⁴¹ No obstante, el proyecto de ley exceptúa de protección a las siguientes circunstancias: (1) cuando el patrono pruebe que el uso del cannabis representa una amenaza real de daño o peligro a personas y propiedad o que interfiera con funciones esenciales del trabajo; (2) que el uso por el empleado exponga al patrono a la pérdida de alguna licencia, permiso o certificación al amparo de algún reglamento o ley federal, o (3) que el empleado consumió cannabis durante horas de trabajo y sin la debida autorización.⁴²

Por otro lado, ante la consideración del Senado se encuentra el Proyecto 878, de la autoría de los senadores José A. Vargas Vidot, Cirilo Tirado Rivera, Juan M. Dalmau Ramírez, y la senadora Zoé Laboy Alvarado.⁴³ A diferencia del proyecto de ley ante la Cámara de Representantes, este enfoca sus esfuerzos en enmendar las leyes que reglamentan las pruebas de detección de sustancias controladas en los ámbitos públicos y privados.⁴⁴ Las enmiendas propuestas le reconocen al candidato a empleo o empleado una causa de acción contra el patrono que tenga un programa de detección de sustancias controladas, cuando ocurre uno de los siguientes escenarios:

39 *Id.* § 501(f).

40 P. de la C. 1197 de 21 de agosto de 2017, 2da. Ses. Ord., 18va Asam. Leg.

41 *Id.* en la pág. 4.

42 *Id.* en las págs. 4-5.

43 P. del S. 878 de 2 de abril de 2018, 3ra. Ses. Ord., 18va Asam. Leg.

44 *Id.* en la pág. 1.

El patrono tomó acción disciplinaria contra el empleado, o rehusó emplear, trasladar o ascender al empleado o candidato a empleo, basado en el resultado positivo de una prueba de dopaje al consumo de una o varias sustancias controladas para las cuales el empleado evidencia tener prescripción médica o autorización legal.⁴⁵

De manera muy similar a las excepciones establecidas en el Proyecto de la Cámara 1197, esta medida senatorial dispone que:

La causa de acción aquí reconocida no procederá cuando el patrono demuestre que el patrón de consumo de la sustancia controlada o sustancias controladas menoscaba sustancialmente la capacidad del empleado o candidato a empleo de realizar las funciones y obligaciones que la posición de empleo que ostenta o solicita requiere según la descripción de empleo vigente al momento de arrojar el resultado positivo en la prueba de dopaje.⁴⁶

De aprobarse el Proyecto del Senado, el texto propuesto se incluiría de forma idéntica en la ley aplicable a las compañías privadas y la ley aplicable al Gobierno y sus agencias en cuanto a la regulación de las pruebas de detección de sustancias controladas. Cabe destacarse que, entre los dos proyectos de protección laboral, el Proyecto de la Cámara contiene disposiciones protectoras más ambiciosas. Implicaría una amplia gama de estatutos a considerar según las particularidades de las circunstancias en que se vean envueltos los pacientes. En el presente, las enmiendas contenidas en ambos proyectos de ley se encuentran en el proceso de vistas públicas, por lo cual aún los empleados pacientes de cannabis medicinal en Puerto Rico quedan al arbitrio de las políticas establecidas por sus respectivos empleadores.

IV. ESTADOS UNIDOS: JURISDICCIONES CON PROTECCIONES LABORALES A USUARIOS DE CANNABIS MEDICINAL

Las consideraciones concernientes a las protecciones laborales para empleados que figuran como pacientes de cannabis medicinal han asumido una variedad de formas en las distintas jurisdicciones estatales. Sin embargo, se puede inferir que todas las protecciones aprobadas comparten un fin común: uniformar el estado de derecho en cada jurisdicción estatal de forma tal que, ante la legalización del cannabis medicinal, sus pacientes no sean injustamente impactados por las respectivas leyes de cada estado, exceptuando las circunstancias en que la ley federal sea de aplicabilidad. Con esto en mente, resulta imprescindible para el análisis de este artículo, una mirada a una muestra representativa de estas distintas protecciones estatutarias.

⁴⁵ *Id.* en la pág. 3.

⁴⁶ *Id.*

Entre las jurisdicciones que deben señalarse se encuentran los estados de Maine y Rhode Island, cuyas leyes prohíben que los patronos decidan no emplear aspirantes a una posición o que se tomen medidas disciplinarias contra empleados por el mero hecho de que sean pacientes de cannabis medicinal.⁴⁷ Específicamente en el *Maine Medical Use of Marijuana Act*, se dispone que la protección no regirá si el empleador se expone ante la violación de un estatuto federal o si le causaría perder un contrato o financiamiento federal.⁴⁸ También se reconoce que un arrendador o propietario de negocio no estará obligado a que el consumo del cannabis por medio de la combustión (fumando) sea permitido en los predios del lugar de trabajo.⁴⁹ Aun así, esta prohibición solo es válida si el arrendador o propietario de negocio prohibiesen fumar en general, tomando en cuenta que no se discrimine únicamente con los usuarios de cannabis.⁵⁰ Por otra parte, el estatuto de protección laboral de Rhode Island prohíbe al patrono no tan solo tomar acción disciplinaria contra el empleado debidamente registrado, sino que expresamente protege al individuo de posibles repercusiones por parte de juntas de licenciamiento profesional u ocupacional.⁵¹ Resulta pertinente destacar ambas jurisdicciones pues, al igual que Puerto Rico, forman parte del Primer Circuito Federal de Apelaciones. En este sentido, las futuras decisiones al amparo de ambos estatutos enmarcarán las tendencias jurisprudenciales que incidirán directamente en el ámbito laboral y en nuestro estado de derecho.⁵²

En términos generales, el restante de las jurisdicciones analizadas para este escrito que cuentan con legislación proteccionista en relación con los pacientes de cannabis medicinal, ofrecen auxilio contra acciones disciplinarias o sanciones penales a aquellos pacientes que se encuentran debidamente registrados.⁵³ Cabe destacarse también que en un artículo publicado por la *American Bar Association*, se reseña brevemente una serie de jurisdicciones con protecciones para pacientes de

⁴⁷ Maine Medical Use of Marijuana Act, ME. REV. STAT. ANN. 22 § 2423(E)(2) (2010); The Edward O. Hawkins and Thomas C. Slater Medical Marijuana Act, 21 R.I. GEN. LAWS § 21-28.6(4)(d) (2007).

⁴⁸ ME. REV. STAT. ANN. 22 § 2423(E)(2).

⁴⁹ *Id.*

⁵⁰ *Id.*

⁵¹ 21 R.I. GEN. LAWS § 21-28.6(4)(a).

⁵² Luego de aprobada la ley protectora de pacientes de cannabis medicinal en Rhode Island, la primera determinación hecha al amparo del estatuto transcurrió en *Callaghan v. Darlington Fabrics Corp.*, 2017 R.I. Super. LEXIS 88 (2017). En este caso la corte determinó que la negativa por parte del patrono en emplear a una mujer paciente de cannabis medicinal efectivamente se contraponía a las protecciones del *Thomas C. Slater Medical Marijuana Act*.

⁵³ Compassionate Use of Medical Cannabis Pilot Program Act, 410 ILCS 130/7 (2018); Medical Use of Marijuana, N.Y. Pub. Health Law § 3369 (McKinney) (2018); Medical Use of Marijuana, N.R.S. 453A.200 (2017); Arizona Medical Marijuana Act, A.R.S. § 36-2813 (B)(1)(2) (2017); Palliative Use of Marijuana, C.G.S.A. § 21a-408a(a) (2017); The Delaware Medical Marijuana Act, 16 Del.C. § 4903A(a) (2016); Medical Marijuana Act, 2015 Pa. SB 3 § 303 (2016); Arkansas Medical Marijuana Amendment of 2016, Ark. Const. amend. XCVIII § 3(a) (2016).

cannabis en el ámbito laboral.⁵⁴ El estudio divide las jurisdicciones entre los estados con mayor probabilidad de tener que acomodar a usuarios de cannabis medicinal en el lugar de trabajo, y los estados con estatutos que expresamente eximen a patronos de proveer acomodo o que mantienen silencio al respecto. Entre los estados en los que la ley exige un deber de acomodo se encuentran los siguientes: Arizona, Connecticut, Delaware, Illinois, Maine, Minnesota, Nevada, Nueva York y Rhode Island.⁵⁵ Por otra parte, entre las jurisdicciones en donde se prohíbe, o no se hace mención de la necesidad de proveer acomodo, se encuentran: Alaska, California, Colorado, el Distrito de Columbia, Georgia, Hawái, Maryland, Massachusetts, Michigan, Montana, New Hampshire, Nueva Jersey, Nuevo México, Oregón, Vermont, y Washington.⁵⁶

En comparación con los distintos modelos de protección laboral establecidos en estos estados, resulta importante señalar que la gran mayoría no solo provee protecciones laborales, sino que inciden sobre una variedad de áreas en la que los pacientes de cannabis pudiesen ser afectados, así como temas de vivienda, posesión de plantas de cannabis, derechos en instituciones académicas, entre otros. Las consecuencias ante posibles lagunas jurídicas surten efecto en detrimento de los recursos de las ramas judiciales, quienes en última instancia deberán resolver las problemáticas generadas.

CONCLUSIÓN

Ante el marco normativo actual, adoptar legislación protectora del trabajo que atempere las necesidades salubristas y de desarrollo social y médico con nuestra realidad jurídica es un deber impostergable. Debe priorizarse la armonización de las políticas y reglamentos establecidos en el ámbito laboral para lograr minimizar el efecto dañino del disloque entre la legalización del cannabis medicinal en los estados y territorios, en contraposición con el estado prohibicionista federal. Aun cuando ante un estatuto federal el empleado no necesariamente se verá desprotegido, estas circunstancias no conforman la norma. Debido a esto, la implementación de unas directrices claras, dirigidas a reconocer a los usuarios de cannabis medicinal como pacientes de un tratamiento médico, como mínimo reducirían en un futuro previsible una gran cantidad de litigios en los tribunales y evitarían la desinformación en la población en general. Se trata, en última instancia, de hacer justicia a individuos con condiciones o enfermedades cuyo tratamiento en nada o en muy poco repercute en sus capacidades de desarrollar funciones en el empleo y que, a pesar de ser efectivo, ha sido demonizado.

⁵⁴ JOSEPH H. YASTROW, A SURVEY OF MEDICAL MARIJUANA LAWS IMPACTING THE WORKPLACE, LANER MUCHIN (2015), disponible en https://www.americanbar.org/content/dam/aba/events/labor_law/am/2015/yastrow.authcheckdam.pdf (última visita 16 de noviembre de 2018).

⁵⁵ *Id.* en las págs. 2-9.

⁵⁶ *Id.* en las págs. 9-18.

COMENTARIOS SOBRE LA NUEVA POLÍTICA PÚBLICA Y MARCO REGULATORIO DEL SISTEMA ELÉCTRICO DE PUERTO RICO

NOTA

STEVEN CARABALLO VÉLEZ*

INTRODUCCIÓN

DESDE 1941 LA ADMINISTRACIÓN DEL SISTEMA ELÉCTRICO PUERTORRIQUEÑO ha recaído en la corporación pública Autoridad de Energía Eléctrica (en adelante, “AEE”),¹ la cual está encargada de mantener las actividades de generación, transmisión, distribución y *servicio* de energía eléctrica.² Ahora bien, el sistema eléctrico de Puerto Rico ya no está a la altura de sus tiempos, ni en eficiencia ni en control de impacto ambiental. Por ejemplo, resulta preocupante que la producción de energía eléctrica mediante el uso de fuentes fósiles en el 2015 alcanzó el 98%.³ Esta preocupación se origina por razón de que el uso de combustibles fósiles ocasiona degradación de suelos, contaminación del agua, emisiones nocivas de gases, y contribuye al calentamiento global.⁴ De acuerdo a las estadísticas de la Agencia para la Protección Ambiental (E.P.A., por sus siglas en inglés), ocho plantas generadoras de energía en Puerto Rico reportaron emisiones de gases de efecto invernadero en 2015.⁵ En ese año, la planta generadora de Aguirre,

* El autor es estudiante de cuarto año de la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico. Posee un Bachillerato en Administración de Empresas con concentración en Finanzas de la Universidad de Puerto Rico en Carolina. Es miembro del Cuerpo Editorial del Volumen 88 de la Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico en calidad de Director Asociado.

¹ En 1941 se creó la Autoridad de Fuentes Fluviales (AFF), a la cual se le conoce hoy como la Autoridad de Energía Eléctrica (AEE). INESI, ESTADO DE SITUACIÓN ENERGÉTICA DE PUERTO RICO: INFORME ANUAL 2015 12 (2015), https://www.estadisticas.pr/files/Inventario/publicaciones/Informe%20Anual%20Situacion%20Energetica%202015-Final_o.pdf (citando a Sybil P. Parker, MCGRAW-HILL DICTIONARY OF SCIENTIFIC AND TECHNICAL TERMS (2003)).

² En Puerto Rico existen generadoras centrales privadas y públicas. Véase *Id.* en las págs. 1, 16 (“Durante el año 2015 el 31.2% de la electricidad producida en Puerto Rico provino de generadoras privadas. Estas fueron: EcoEléctrica, AES Puerto Rico, AES Ilumina, Pattern Santa Isabel, Punta Lima Wind Farm, San Fermín Solar Farm, y WindMar Renewable Energy. A estas empresas la AEE les compra energía según lo estipulado en un contrato entre las partes . . . Tales acuerdos se firmaron para garantizar que el precio de venta a la AEE sea igual o más bajo que los costos de generación por dicha corporación pública . . .”).

³ *Id.* en la pág. 18.

⁴ Melissa Denchak, *Fossil Fuels: The Dirty Facts*, NRDC (29 de junio de 2018), <https://www.nrdc.org/stories/fossil-fuels-dirty-facts>.

⁵ Véase *EPA Facility Level GHG Emissions Data*, EPA, <https://ghgdata.epa.gov/ghgp/main.do#> (última visita 30 de enero de 2019).

localizada en Salinas, fue la facilidad de generación de energía eléctrica con más contaminantes reportados, mayormente, ácido sulfúrico y ácido hydroclorídico.⁶

En años recientes la Asamblea Legislativa de Puerto Rico ha intentado atender estos problemas.⁷ De los estatutos aprobados por la Legislatura surgieron entidades como el Negociado de Energía, la Oficina Estatal de Política Pública Energética, la Oficina Independiente de Protección al Consumidor, y la Administración de Energía.⁸ Asimismo, se declaró como política pública la meta de promulgar el uso de energía renovable.⁹ A pesar de estos esfuerzos legislativos, el sistema eléctrico de Puerto Rico continuó careciendo de mecanismos para viabilizar los objetivos trazados en la legislación energética. Para la desgracia del pueblo puertorriqueño, la falta de capacidad del sistema energético de Puerto Rico quedó al descubierto luego del paso por Puerto Rico de los huracanes Irma y María en el 2017.

6 *Id.* Entre los efectos del ácido sulfúrico en los seres humanos se encuentran inflamación de los pulmones y vías respiratorias asociadas, alteraciones en el ritmo respiratorio y otras fallas respiratorias. Véase Agency for TOXIC SUBSTANCES AND DISEASE REGISTRY, PUBLIC HEALTH STATEMENT SULFUR TRIOXIDE AND SULFURIC ACID (1998), <https://www.atsdr.cdc.gov/ToxProfiles/tp117-c1-b.pdf>. Por otro lado, el ácido hydroclorídico es un ácido mineral que tiene varios usos industriales y que es corrosivo a los ojos, piel y a las membranas mucosas. Véase EPA, HYDROCHLORIC ACID (HYDROGEN CHLORIDE) (2000), <https://www.epa.gov/sites/production/files/2016-09/documents/hydrochloric-acid.pdf>.

7 Ley para ordenar a AEE que establezca un programa de mediación neta, Ley Núm. 114 de 16 de agosto de 2007, 22 LPRA §§ 1011-1020b (2009 & Supl. 2018); Ley de política pública de diversificación energética por medio de la energía renovable sostenible y alterna en Puerto Rico, Ley Núm. 82 de 19 de julio de 2010, 12 LPRA §§ 8121-8136 (2014 & Supl. 2018); Ley de transformación y ALIVIO energético, Ley Núm. 57 de 27 de mayo de 2014, 9 LPRA §§ 1051-1056 (2015).

8 Recientemente, la Oficina Estatal de Política Pública Energética de Puerto Rico fue consolidada bajo la sombrilla del Departamento de Desarrollo Económico y Comercio. Véase Ley de ejecución del plan de reorganización del Departamento de Desarrollo Económico y Comercio de 2018, Ley Núm. 141 de 11 de julio de 2018, <http://www.bvirtual.ogp.pr.gov/ogp/Bvirtual/leyesreferencia/PDF/2018/0141-2018.pdf>. Similarmente, por virtud de la Ley de ejecución del plan de reorganización de la Junta Reglamentadora de Servicio Público de Puerto Rico (“Ley 211-2018”), la Comisión de Energía de Puerto Rico, la Oficina Independiente de Protección al Consumidor y la Administración de Energía fueron consolidadas bajo la sombrilla de la Junta de Reglamentación de Servicio Público. Asimismo, la Comisión de Energía pasó a llamarse el Negociado de Energía. Véase Ley de ejecución del plan de reorganización de la Junta Reglamentadora de Servicio Público de Puerto Rico, Ley Núm. 211 de 12 de agosto de 2018, <http://www.bvirtual.ogp.pr.gov/ogp/Bvirtual/leyesreferencia/PDF/2018/0211-2018.pdf>. El senador Eduardo Bhatia, quien fue uno de los senadores que sometió el Proyecto del Senado 1121, que estamos prestos a analizar, se expresó en contra de la Ley 211-2018: “El P. de la C. 1408 representa un retroceso a la transformación de la Autoridad de Energía Eléctrica (AEE) en una entidad regulada, que le responda al país y no a sí misma. La propuesta de reducir a la Comisión de Energía de Puerto Rico (CEPR) a un mero negociado en una Junta le resta méritos al carácter independiente del primer regulador que ha tenido la AEE, la cual ha resistido ser fiscalizada desde su creación”. Véase Leysa Caro González, *Rosello firma ley que crea la Junta de Reglamentación de Servicio Público*, EL NUEVO DÍA (13 de agosto de 2018), <https://www.elnuevodia.com/noticias/politica/nota/rosellofirmaleyquecrealajuntadereglamentaciondeserviciopublico-2441028/>.

9 12 LPRA §§ 8121-8136 (2014 & Supl. 2018).

En particular, los huracanes demostraron que el sistema energético de la Isla tenía serias deficiencias operacionales.¹⁰

Con este trasfondo, podemos ahora dar comienzo a la discusión sobre las más recientes controversias legislativas en materia de energía. A menos de un año del paso del huracán María por Puerto Rico, la Asamblea Legislativa aprobó la *Ley para transformar el sistema eléctrico de Puerto Rico* (en adelante, “Ley 120-2018”).¹¹ La Ley 120-2018 reconoció que en los pasados años se han aprobado leyes que sentaron el marco regulatorio para permitir la transformación del sistema energético pero que, sin embargo, dicho marco regulatorio debe ser atemperado a las nuevas realidades de la Isla y la industria energética.¹² La Ley estableció como fin el transformar “el sistema energético en uno moderno, sostenible, confiable, eficiente, costo-efectivo y resiliente ante los embates de la naturaleza”.¹³ Así, con esta nueva legislación se abrió el mercado energético a empresas privadas ya que dicha transformación se llevará a cabo mediante la creación de alianzas público-privadas. Por ello, la Ley 120-2018 fue destacada como la legislación que haría posible la privatización de la AEE.¹⁴ Para lograr esta llamada privatización, la AEE utilizará como base Ley Núm. 29-2009, conocida como la *Ley de Alianzas Público Privadas*.¹⁵ La AEE podrá vender sus activos de generación, mas solo podrá establecer transacciones sobre sus activos de transmisión, distribución y servicio al cliente, mediante contratos de alianzas.¹⁶

A pesar de que la Ley 120-2018 estableció el marco legal para la privatización de la AEE, no constituyó la nueva política pública ni el marco regulatorio que regiría la industria. En cambio, esta le delegó tal encomienda a una medida

¹⁰ Véase *La AEE alcanza el 99% de energización a ocho meses del huracán María*, EL NUEVO DÍA (22 de mayo de 2018), <https://www.elnuevodia.com/noticias/locales/nota/laaeealcanzael99deenergizacionaochomesesdelhuracanmaria-2423673/>; Osman Pérez Méndez, *Todavía quedan miles sin servicio de luz*, PRIMERA HORA (21 de junio de 2018), <https://www.primerahora.com/noticias/puerto-rico/nota/todaviaquedanmilesinserviciodeluz-1288884/>; Javier Colón Dávila, *La AEE alega que energizó el último sector sin luz a causa de María*, EL NUEVO DÍA (14 de agosto de 2018), <https://www.elnuevodia.com/noticias/locales/nota/laaeealegaqueenergizoelultimosectoresinluzacausademaria-2441268/>.

¹¹ Ley para transformar el sistema eléctrico de Puerto Rico, Ley Núm. 120 de 20 de junio de 2018, <http://www.oslpr.org/2017-2020/leyes/pdf/ley-120-20-Jun-2018.pdf>.

¹² Exposición de motivos, Ley para transformar el sistema eléctrico de Puerto Rico, Ley Núm. 120 de 20 de junio de 2018, <http://www.oslpr.org/2017-2020/leyes/pdf/ley-120-20-Jun-2018.pdf>.

¹³ *Id.*

¹⁴ Frances Rosario, *Roselló firma ley que dará paso a la privatización de la AEE*, EL NUEVO DÍA (20 de junio de 2018), <https://www.elnuevodia.com/noticias/locales/nota/rossellofirmaleyquedarapa-soalprivatizaciondelaaee-2429790/%20>; Adriana De Jesús Salamán, *AEE: Privatización de servicio al cliente será la primera etapa*, NOTICEL (25 de agosto de 2018), <https://www.noticel.com/ahora/gobierno/aee-privatizacion-de-servicio-al-cliente-sera-la-primera-etapa/785923012>.

¹⁵ Exposición de motivos, Ley para transformar el sistema eléctrico de Puerto Rico, Ley Núm. 120 de 20 de junio de 2018, <http://www.oslpr.org/2017-2020/leyes/pdf/ley-120-20-Jun-2018.pdf>; Ley de Alianzas Público Privadas, Ley Núm. 29 de 8 de junio de 2009, 27 LPRA §§ 2601-2623 (2017 & Supl. 2018).

¹⁶ Ley 120-2018, § 6.

legislativa posterior. En específico, la Ley pautó un término de 180 días para que la Asamblea Legislativa aprobara otra ley que estableciera la política pública que serviría como base para el desarrollo del nuevo marco regulatorio del sistema energético.¹⁷ En virtud de la misma, todo contrato de alianza entre el sector público y el privado estará sujeto a la política pública energética y al marco regulatorio que finalmente se apruebe. Ahora bien, la Ley 120-2018 sí reconoció la necesidad de que la nueva política pública energética promoviese el uso de tecnologías modernas y métodos alternos de energía tales como la generación distribuida y la energía renovable.¹⁸

Partiendo del historial del Gobierno en intentar promover el uso de fuentes de energía renovable, cabe preguntarse si, con la Ley 120-2018, finalmente se logrará desvincular al sistema eléctrico puertorriqueño del uso de combustibles fósiles. Asimismo, surgen las siguientes dudas: ¿Qué estrategias adicionales confeccionará el Gobierno para promulgar el uso de energía renovable? ¿Cuánto tiempo tardará alcanzar las metas trazadas en cuanto a la energía renovable? ¿Cuán viables son estas metas? El propósito de esta Nota es comentar sobre las interrogantes mencionadas. En particular, me daré a la tarea de evaluar el Proyecto del Senado 1121, medida que busca establecer la nueva política pública y el marco regulatorio energético. Este análisis hará referencia a las propuestas sometidas por diversos grupos de interés para la consideración de la Asamblea Legislativa de Puerto Rico durante y posterior al proceso de redacción del Proyecto de Ley.¹⁹ Luego, analizaré si el esquema propuesto por la Asamblea Legislativa es conducente al desarrollo exitoso del uso de energía renovable en Puerto Rico.

I. PROYECTO DEL SENADO 1121

El Proyecto del Senado 1121 fue presentado por los senadores Larry Seilhamer Rodríguez y Eduardo Bhatia Gautier el 17 de octubre de 2018 con el nombre de *Ley de Política Pública Energética de Puerto Rico*.²⁰ La pieza legislativa, que consta de aproximadamente 200 páginas, fue objeto de comentarios por parte de veintisiete entidades.²¹ Para elaborar el Proyecto del Senado 1121, sus proponentes analizaron

¹⁷ *Id.* en la § 9.

¹⁸ Exposición de motivos, Ley 120-2018.

¹⁹ Me enfoqué en las siguientes cinco propuestas que se recogieron en ponencias o memoriales: (1) Instituto Nacional de Energía y Sostenibilidad Isleña (INESI); (2) Centro para una Nueva Economía (CNE); (3) Colegio de Contadores Públicos Autorizados; (4) Cámara de Comercio de Puerto Rico, y (5) Queremos Sol.

²⁰ P. del S. 1121 de 17 de octubre de 2018, 4ta Ses. Ord., 18va Asam. Leg.

²¹ Las entidades fueron las siguientes: (1) Autoridad de Asesoría Financiera y Agente Fiscal; (2) AEE; (3) Departamento de Hacienda; (4) Negociado de Energía de Puerto Rico; (5) Oficina Independiente de Protección al Consumidor; (6) Municipio de Villalba; (7) Southern States Energy Board; (8) Colegio de Médicos-Cirujanos; (9) Asociación de Contratistas y Consultores de Energía Renovable; (10) Asociación de Constructores; (11) Asociación de Industriales; (12) Cámara de Comercio; (13) Sunnova; (14); (15) Windmar; (16) SESA; (17) CNE; (18); ICSE; (19) Instituto de Competitividad y Sostenibilidad Económica; (20) AMANESER 2025; (21) Asociación de Gerenciales de la AEE; (22) CAMBIO PR; (23) El

la legislación energética vigente en Puerto Rico y tomaron en cuenta las recomendaciones hechas por los distintos sectores.²²

En primer lugar, el Proyecto, que tuvo como motivo lograr eficiencia energética y despolitizar a la AEE, define términos clave de la industria.²³ Cabe notar que la Asamblea Legislativa no incluyó una lista exhaustiva de términos, según recomendó el Centro para una Nueva Economía (en adelante, “CNE”).²⁴ Dentro de las definiciones que incluye el Proyecto resaltan la de *prosumidor*,²⁵ así como la de *Negociado de Energía*.²⁶ El Proyecto originalmente sometido definió *energía renovable* como un concepto intercambiable con los términos “energía renovable sostenible”, “energía renovable alterna” y “energía renovable distribuida”. Además, adoptó para estos términos las definiciones que dispone la *Ley de Política Pública de Diversificación Energética por Medio de la Energía Renovable Sostenible y Alterna en Puerto Rico* (en adelante, “Ley 82-2010”).²⁷ En ese sentido, la definición de *energía renovable alterna* que provee la Ley 82-2010 incluye la conversión de *desperdicios sólidos* municipales (basura, desechos, desperdicios sanitarios humanos, y cualquier desperdicio de índole similar), la combustión de gas derivado de un sistema de relleno sanitario, la digestión anaeróbica, y pilas de combustible (*fuel cells*).²⁸

Ahora bien, la preocupación fue que adoptar la definición de *energía renovable alterna* de la Ley 82-2010 era contrario a los principios de política pública a favor de fuentes renovables de energía y por tanto, opuesto a los principios que el propio

Puente Enlace Latino de Acción Climática; (24) Sierra Club; (25) UTIER; (26) Coalición Anti-incineración; (27) Coalición por la Cooperación Energética.

22 P. del S. 1121 de 17 de octubre de 2018, 4ta Ses. Ord., 18va Asam. Leg., en la pág. 8.

23 *Id.*

24 Algunos términos clave que el CNE recomendó que se definieran fueron: energía renovable, microrredes, externalidades ambientales, costo económico, costo social, mercado competitivo, venta de energía al por mayor, venta de energía al detal, trasbordo de energía (*wheeling*), elección del consumidor (*customer choice*), generación tradicional, generación centralizada, generación distribuida, transmisión de energía, y distribución de energía. Véase *Ponencia del CNE ante el Senado sobre la política pública energética y su marco regulatorio*, CNE (30 de agosto de 2018), <http://gru-pocne.org/2018/08/30/ponencia-del-cne-ante-el-senado-sobre-la-politica-publica-energetica-y-su-marco-regulatorio/>.

25 P. del S. 1121 de 17 de octubre de 2018, 4ta Ses. Ord., 18va Asam. Leg., en la pág. 13. (Prosumidor se “refiere a los usuarios o consumidores de la red eléctrica que generan energía y que además tienen la posibilidad de compartir el excedente de energía con otros usuarios a través de la red eléctrica”).

26 Cuando el Proyecto hace referencia al *Negociado* se refiere al “Negociado de Energía de Puerto Rico establecido en virtud del Plan de Reorganización de la Junta Reglamentadora de Servicio Público de Puerto Rico, antes Comisión de Energía de Puerto Rico creada por la Ley 57-2014, según enmendada, que es un ente independiente especializado encargado de reglamentar, supervisar y hacer cumplir la política pública energética del Gobierno de Puerto Rico”. *Id.* en la pág. 12.

27 *Id.* en la pág. 11.

28 Ley de política pública de diversificación energética por medio de la energía renovable sostenible y alterna en Puerto Rico, Ley Núm. 82 de 19 de julio de 2010, 12 LPRA § 8121 (13) (2014 & Supl. 2018).

Proyecto del Senado 1121 promulgaba.²⁹ Tanto el CNE como la entidad CAMBIO PR resaltaron esta discrepancia en la vista pública del 26 de octubre de 2018. Por su parte, CAMBIO PR sostuvo que “la incineración no es energía renovable, pues utiliza un recurso finito para generar electricidad de manera ineficiente, además de la severa contaminación que genera a través de sus emisiones y sus cenizas tóxicas. [Recomendamos] que se elimine todo lenguaje que viabilice la incineración”.³⁰ Oportunamente, la Comisión Especial de Asuntos de Energía del Senado de Puerto Rico acogió esta recomendación a la pieza legislativa y eliminó la incineración de desperdicios sólidos como fuente de energía renovable alterna. A esos efectos, el Artículo 4.1 del Proyecto de Ley recoge una enmienda a la Ley 82-2010 que elimina la conversión de desperdicios sólidos municipales como fuente de energía renovable.³¹

Al examinar el Proyecto de Ley, podemos notar que la política pública está conformada por pronunciamientos que incluyen: (1) el establecimiento de consecuencias penales por el incumplimiento de la legislación energética;³² (2) el robustecimiento del rol que juega el Negociado de Energía como ente independiente encargado de asegurar el cumplimiento con la política pública establecida y fiscalizar las tarifas;³³ (3) asegurar que los acuerdos de compra de energía no obstaculicen el desarrollo de un sistema que integre los recursos renovables y la energía de fuentes de generación distribuida;³⁴ (4) modernizar la infraestructura del sistema eléctrico;³⁵ (5) soterrar, en la medida posible, la red de distribución energética;³⁶ (6) prohibir la contratación para establecimientos de empresas energéticas

²⁹ Ingrid Vila Biaggi expresó que: “It is unacceptable to us that the bill allows for incineration. Any form of energy that comes from solid waste is not clean.” Eva Lloréns Vélez, *Puerto Rico Energy Framework's Fine Print Delays Renewables Goal*, CARIBBEAN BUSINESS (25 de octubre de 2018), <https://caribbeanbusiness.com/energy-regulatory-frameworks-fine-print-delays-renewables-goal/>. Asimismo, el CNE solicitó que se eliminara la definición de “energía renovable alterna” de la Ley 82-2010 o, en la alternativa, que se eliminara de dicha definición la incineración o combustión de desperdicios sólidos, por considerarlo contrario a los principios de política pública a favor de fuentes renovables de energía. Véase Informe positivo sobre el P. del S. 1121, Com. Especial de Asuntos de Energía, Senado de Puerto Rico, 6 de noviembre de 2018, 4ta. Ses. Ord., 18va. Asam. Leg., en la pág. 72.

³⁰ Informe positivo sobre el P. del S. 1121, Com. Especial de Asuntos de Energía, Senado de Puerto Rico, 6 de noviembre de 2018, 4ta. Ses. Ord., 18va. Asam. Leg., en la pág. 74.

³¹ Véase P. del S. 1121 de 17 de octubre de 2018 enmendado por la Comisión Especial de Asuntos de Energía del Senado de Puerto Rico, 4ta Ses. Ord., 18va Asam. Leg., en la pág. 111.

³² Con relación al reiterado señalamiento del incumplimiento con las órdenes del Negociado de Energía por parte del Director Ejecutivo, de los miembros de la Junta, de los oficiales, o de los empleados de la AEE, el Proyecto del Senado 1121 establece que ese patrón de conducta será considerado negligencia crasa en el cumplimiento de sus deberes y conllevará la imposición de multas de \$10,000, además de constituir delito menos grave. Véase Informe positivo sobre el P. del S. 1121, Com. Especial de Asuntos de Energía, Senado de Puerto Rico, 6 de noviembre de 2018, 4ta. Ses. Ord., 18va. Asam. Leg., en la pág. 18.

³³ *Id.* en la pág. 13.

³⁴ *Id.* en las págs. 10-11.

³⁵ *Id.* en la pág. 7.

³⁶ *Id.* en la pág. 80.

basadas en el uso del carbón (con la meta de eliminar su uso completamente para el 2027),³⁷ y (7) la adopción de un modelo de servicio de energía que de paso a los prosumidores.³⁸

Por otro lado, en cuanto a los prosumidores y los participantes del programa de medición neta,³⁹ en la vista llevada a cabo por la Comisión Especial de Asuntos de Energía del Senado, se señaló que a pesar de los beneficios que estos representan para la industria, en la actualidad se les impone a los clientes un cargo por participar del programa. La empresa Sunrun, una de las entidades que sometió comentarios sobre la pieza legislativa, solicitó que a los clientes que hagan uso de estos programas no se les cobre cargos adicionales que aumenten su tarifa mensual del consumo de energía eléctrica por conectar su equipo solar eléctrico, molino de viento u otra fuente de energía renovable al sistema de transmisión y/o distribución de la AEE, o su sucesora en derecho.⁴⁰ En este sentido, Sunrun considera que la factura de un cliente que participa de medición neta nunca debe ser por una cantidad mayor a la de un cliente que no participe de medición neta si estos tienen el mismo consumo. Además, Sunrun exigió que se prohibiera cualquier cargo adicional a la autogeneración. Al recurrir al Proyecto del Senado 1121 enmendado luego de la vista, resulta que también se acogió este planteamiento. De aprobarse el Proyecto según enmendado al momento, no se le impondrían cargos directos o indirectos a la autogeneración de energía renovable por los prosumidores ni se le cobrarían cargos adicionales o aumentaría la tarifa mensual de consumo de energía eléctrica a los clientes de medición neta.⁴¹

37 *Id.* en la pág. 81.

38 *Id.* en la pág. 10.

39 La medición neta (*net metering*) es un mecanismo que se utiliza cuando existe generación distribuida de energía. La generación distribuida se refiere a la generación que se produce cercano al lugar de su uso y que puede operar de manera independiente a la red nacional. *Renewable Energy: Distributed Generation Policies and Programs*, ENERGY.GOV, <https://www.energy.gov/eere/slsr/renewable-energy-distributed-generation-policies-and-programs> (última visita 30 de enero de 2019). Es decir, la generación distribuida se refiere a que los sistemas de generación de energía de los consumidores —a través de paneles solares, molinos de viento, u otros— se interconectan y operan en paralelo con las redes de distribución de la compañía de electricidad. Véase *Interconexión de GDs y medición neta*, AEE, <https://www2.aeepr.com/medicionneta/> (última visita 30 de enero de 2019). Partiendo de esa generación distribuida, la medición neta provee un incentivo para el uso de fuentes de energía renovable a nivel del consumidor. Exposición de motivos, Programa de Medición Neta en la Autoridad de Energía Eléctrica, Ley Núm. 114 de 16 de agosto de 2007. Bajo el programa de medición neta, el sistema renovable suplente en todo o en parte el consumo de energía del cliente y el exceso de energía, si alguno, se exporta al sistema eléctrico de la AEE. *Id.* El cliente recibe un crédito cuando el sistema exporta energía a la red eléctrica de la AEE. *Id.* La medición neta permite a los clientes utilizar la electricidad generada por fuentes de energía renovable para compensar el consumo de electricidad provisto por la AEE. *Id.* De esta manera, el cliente solo paga por la electricidad neta que le suministre la AEE. *Id.*

40 Informe positivo sobre el P. del S. 1121, Com. Especial de Asuntos de Energía, Senado de Puerto Rico, 6 de noviembre de 2018, 4ta. Ses. Ord., 18va. Asam. Leg., en la pág. 69.

41 El Artículo 3.4 del Proyecto del Senado 1121 enmienda el Artículo 4 de la Ley 114-2007 para que lea como sigue:

Por otra parte, el Proyecto del Senado 1121 declara que tanto la planificación y el control del sistema eléctrico, como la generación, transmisión y distribución de la energía eléctrica son funciones que, en última instancia, son responsabilidad del Estado. Por ello, establece que, salvo los activos de generación, el Estado mantendrá la titularidad sobre los activos relacionados a las demás funciones.⁴² En esa línea, se dispone que el Gobierno se haría cargo de la planificación del sistema eléctrico por medio del Departamento de Desarrollo Económico y Comercio.⁴³ Ahora bien, se aclara que la AEE puede delegar o transferir mediante un contrato de alianza público-privada la operación, administración y/o mantenimiento de las funciones de control del sistema, así como la transmisión y distribución de energía. A esos efectos, el Proyecto dicta que antes del 31 de diciembre de 2019, la AEE deberá concesionar a una empresa privada las funciones de transmisión, distribución, la venta de energía eléctrica y la operación del Centro de Control Energético.⁴⁴ Según el Proyecto, el contrato de alianza público-privada que se otorgue debe maximizar el uso de fondos federales para la modernización de la red eléctrica y deben obligar a que el concesionario de la red de transmisión y distribución realice las inversiones de capital necesarias para modernizar la red.⁴⁵ Vale la pena destacar que el 31 de octubre de 2018 la Autoridad para las Alianzas Público Privadas de Puerto Rico emitió un *Request for Qualifications* (en adelante, “RFQ”), que culminó el 5 de diciembre de 2018.⁴⁶ El Proceso de RFQ tiene el propósito de identificar a las personas elegibles para participar del proceso de *Request for Proposal* (en adelante, “RFP”). Luego de que se determinen quiénes cualifican, entonces comienza el proceso de RFP. El RFP es el proceso de subasta que resulta en la selección de un concesionario privado. En esencia, a lo que apunto es que ya dio comienzo la búsqueda del concesionario para la alianza público-privada.

Un aspecto del Proyecto de Ley originalmente sometido que vale la pena mencionar es el Artículo 1.14 pues este pecaba de vaguedad al crear un fondo sin detallar en qué consistía. Sobre esto último, se mencionaba que cuando el Negociado le cobrara multas por incumplimiento con la política pública a la AEE o al

La Autoridad de Energía Eléctrica, su sucesora o el Contratante de la red de transmisión y distribución no podrá cobrar cargos adicionales o aumentar la tarifa mensual de consumo de energía eléctrica a los clientes de medición neta. No se impondrá cargo directo o indirecto alguno a la autogeneración de energía renovable por los prosumidores.

P. del S. 1121 de 17 de octubre de 2018 enmendado por la Comisión Especial de Asuntos de Energía del Senado de Puerto Rico, 4ta Ses. Ord., 18va Asam. Leg., en la pág. 92.

⁴² Informe positivo sobre el P. del S. 1121, Com. Especial de Asuntos de Energía, Senado de Puerto Rico, 6 de noviembre de 2018, 4ta. Ses. Ord., 18va. Asam. Leg., en las págs. 6-7.

⁴³ P. del S. 1121 de 17 de octubre de 2018 enmendado por la Comisión Especial de Asuntos de Energía del Senado de Puerto Rico, 4ta Ses. Ord., 18va Asam. Leg., en las págs. 147-49.

⁴⁴ *Id.* en las págs. 29-30.

⁴⁵ *Id.* en la pág. 30.

⁴⁶ Puerto Rico Public-Private Partnerships Authority, *Request for Qualifications: Puerto Rico Electric Power Transmission and Distribution System* (2018), <http://www.p3.pr.gov/assets/p3a-rfq-2018-2-td-system-project.pdf> (última visita 30 de enero de 2019).

concesionario, las mismas ingresarían a un fondo especial del Departamento de Desarrollo Económico y Comercio “para subsidiar sistemas fotovoltaicos y de almacenamiento de energía *de conformidad con las normas y reglamentos que adopte* el Departamento de Desarrollo Económico y Comercio”.⁴⁷ El Proyecto de Ley no especificaba quiénes serían los destinatarios finales del susodicho fondo. Meramente se creaba un fondo y se expresaba que una agencia adoptaría reglamentos para manejarlo. Afortunadamente, el Proyecto de Ley enmendado eliminó la creación de un fondo especial y separado y optó por que el dinero recolectado de la forma señalada ingrese al Fondo de Energía Verde de Puerto Rico que fue creado en virtud de la Ley Núm. 83-2010.⁴⁸

Para culminar, dirijo la discusión a lo que dispone el Proyecto del Senado 1121 sobre la energía renovable. Observamos que el Proyecto propone lograr una Cartera de Energía Renovable de 100% para el 2050.⁴⁹ El Artículo 4.15 de la pieza legislativa enmienda la Ley Núm. 83-2010 para crear un Fideicomiso de Energía Verde cuyo fin es: (1) promover que los consumidores de energía puedan convertirse en prosumidores; (2) se establezcan programas y apoyo financiero a proyectos que provean acceso a energía verde a residentes en comunidades de bajos y medianos ingresos; (3) apoyar a las empresas municipales de energía, comunidades solares, microrredes en comunidades aisladas y de bajos ingresos, y (4) facilitar el financiamiento de proyectos de energía verde.⁵⁰ El Proyecto de Ley señala que el corpus del Fideicomiso estará comprendido por los recursos económicos que reciba mediante asignaciones o donaciones de entidades públicas o privadas.⁵¹ La adopción de este mecanismo de acceso a energía renovable parece ir dirigido a cumplir con la cartera de energía renovable que se quiere lograr para el 2050.

En cuanto al por ciento obligatorio de energía renovable sostenible o alterna requerido a los proveedores de energía (esto es, la llamada *Cartera de Energía Renovable*),⁵² en la vista del 26 de octubre de 2018, CAMBIO PR recomendó que se corrigiera el cálculo de la Cartera de Energía Renovable para que la misma sea a base de la energía *consumida* y no de la energía *vendida*, y para que no se permita al proveedor de energía utilizar la energía generada por prosumidores en el cálculo de su Cartera.⁵³ No obstante, estas sugerencias no fueron acogidas, por lo que la cartera aún considera la energía vendida para el cálculo y la cantidad de energía

⁴⁷ P. del S. 1121 de 17 de octubre de 2018, 4ta Ses. Ord., 18va Asam. Leg., en la pág. 47 (énfasis suplido).

⁴⁸ Véase P. del S. 1121 de 17 de octubre de 2018 enmendado por la Comisión Especial de Asuntos de Energía del Senado de Puerto Rico, 4ta Ses. Ord., 18va Asam. Leg., en la pág. 48.

⁴⁹ *Id.* en las págs. 102-03.

⁵⁰ *Id.* en la pág. 112.

⁵¹ *Id.*

⁵² Ley de política pública de diversificación energética por medio de la energía renovable sostenible y alterna en Puerto Rico, Ley Núm. 82 de 19 de julio de 2010, 12 LPRA § 8121 (2007 & Supl 2011).

⁵³ Informe positivo sobre el P. del S. 1121, Com. Especial de Asuntos de Energía, Senado de Puerto Rico, 6 de noviembre de 2018, 4ta. Ses. Ord., 18va. Asam. Leg., en la pág. 73.

renovable distribuida generada por los prosumidores para propósitos de demostrar cumplimiento con la Cartera de Energía Renovable.⁵⁴

Una crítica a la propuesta ley es que provee para la construcción de plantas de generación que operan a base de dos o más combustibles. Esto ha sido denominado *generación fósil altamente eficiente*.⁵⁵ La crítica es que la disposición no es del todo coherente con la política pública que se quiere seguir con relación a proliferar el uso de energía renovable. Ciertamente hay un periodo de transición para cambiar de generación fósil a generación de energía renovable, pero no tiene sentido que se permita la construcción de plantas nuevas que hagan uso de energías que no son renovables; máxime cuando en el propio Proyecto se establece como meta lograr un 100% de energía renovable para el 2050. De igual forma, no veo cómo el crear plantas generadoras con generación fósil altamente eficiente rendiría un rendimiento en la inversión de capital para los que decidan construir estas plantas.⁵⁶ Los que decidan construir estas nuevas plantas tendrían que conseguir el rendimiento deseado antes del 2050, año en el que ya tendría que haber un 100% de generación a base de energía renovable (si es que esa fecha verdaderamente representa un pronóstico real).⁵⁷ En fin, estoy de acuerdo con que se aplique esta disposición a plantas generadoras ya existentes, mas no estoy de acuerdo con permitir la construcción de nuevas plantas que hagan uso de combustibles fósiles.

Del Informe Positivo sobre el Proyecto del Senado 1121 se desprende que el CNE sugirió que la *generación fósil altamente eficiente* en las plantas que tengan la capacidad de operar a base de dos o más combustibles fósiles se evite el uso de derivados del petróleo que sean más contaminantes o volátiles que el gas natural.⁵⁸ Además, propuso que se exigiera que los contratantes recuperen su inversión en un periodo de veinte años o menos para asegurar la transición a fuentes renovables para el 2050.⁵⁹ El CNE también recomendó que se prohibiera la construcción de plantas de generación que utilicen combustibles fósiles después del 2030 para lograr la meta trazada.⁶⁰ Ninguna de estas sugerencias se refleja en el Proyecto de Ley enmendado. Al menos podemos encontrar consolación en que la pieza legislativa alteró la fecha a partir de la cual se prohíbe la concesión de nuevos contratos/permisos y la extensión de contratos/permisos existentes para el establecimiento o la continuación de generación de energía a base de *carbón*, de una fecha

⁵⁴ P. del S. 1121 de 17 de octubre de 2018 enmendado por la Comisión Especial de Asuntos de Energía del Senado de Puerto Rico, 4ta Ses. Ord., 18va Asam. Leg., en las págs. 114-15.

⁵⁵ *Id.* en la pág. 195.

⁵⁶ Eva Lloréns Vélez, *supra* nota 29 (“[N]o one will build highly efficient plants if they have to change them by 2050 because there is no return on investment.”).

⁵⁷ La Cámara de Comercio sostiene que la meta de 100% de energía renovable para el 2050 no le parece realista. Véase Informe positivo sobre el P. del S. 1121, Com. Especial de Asuntos de Energía, Senado de Puerto Rico, 6 de noviembre de 2018, 4ta. Ses. Ord., 18va. Asam. Leg., en la pág. 66.

⁵⁸ *Id.* en la pág. 70.

⁵⁹ *Id.*

⁶⁰ *Id.*

original de 2028, a la nueva fecha que es a partir de la aprobación del Proyecto del Senado 1121.⁶¹

Otras críticas sobre las metas delineadas en cuanto a la energía renovable incluyeron el que el Proyecto no dispone “cómo se financiaría la energía renovable y se deja prácticamente a que las fuerzas del mercado dicten su desarrollo”.⁶² Sobre ello, CAMBIO PR entiende que el Proyecto “no provee mecanismos claros ni establece mandatos expresos para asegurar inversión y programas que impulsen la generación de energía renovable limpia . . .”.⁶³ Además, se resaltó la ausencia de disposiciones que atiendan asuntos relacionados al cambio climático.⁶⁴ No obstante, el Informe de la Comisión Especial de Asuntos de Energía del Senado refutó el señalamiento anterior expresando que en el Proyecto de Ley se incorporan elementos que atienden las amenazas del cambio climático en Puerto Rico tales como: (1) la transición agresiva del uso de combustibles fósiles para la generación de energía a la integración de energía renovable; (2) la prohibición de la concesión o extensión de nuevos o existentes permisos y/o contratos para el establecimiento o la continuación de generación de energía a base de carbón, y (3) la eliminación de la incineración de desperdicios sólidos como fuente de energía renovable alterna.⁶⁵ A pesar de no ser un experto en temas energéticos, me parece que las medidas adoptadas en el Proyecto de Ley enmendado sí van dirigidas, o al menos toman en cuenta, que es necesario aminorar el efecto del cambio climático mediante estrategias de mitigación.⁶⁶

CONCLUSIÓN

Según vimos, el desarrollo del Proyecto del Senado 1121 ha tenido esfuerzos de varios sectores y rindió una medida legislativa de más de 200 páginas. Como toda ley, tiene sus virtudes y debilidades. Más allá de lo expuesto a través del escrito, lo que resulta alarmante es que en el pasado se ha intentado implementar una política pública a favor de fuentes de energía renovable. En cuanto a esto, el profesor Luis Aníbal Avilés Pagán ha comentado que “la Política Pública Energética de Puerto Rico de 1993 anunciaba que para el 2015 la gran mayoría de la energía

⁶¹ P. del S. 1121 de 17 de octubre de 2018 enmendado por la Comisión Especial de Asuntos de Energía del Senado de Puerto Rico, 4ta Ses. Ord., 18va Asam. Leg., en la pág. 181.

⁶² Informe positivo sobre el P. del S. 1121, Com. Especial de Asuntos de Energía, Senado de Puerto Rico, 6 de noviembre de 2018, 4ta. Ses. Ord., 18va. Asam. Leg., en las págs. 72-73.

⁶³ *Id.*

⁶⁴ *Id.*

⁶⁵ *Id.* en la pág. 79.

⁶⁶ Sobre este particular la NASA ha dicho que a través de la mitigación y adaptación es que se responde al cambio climático. Véase *Responding to Climate Change*, NASA, <https://climate.nasa.gov/solutions/adaptation-mitigation/> (última visita 30 de enero de 2019). Aparenta ser que el Proyecto del Senado 1121 está enfocado en la mitigación del cambio climático y, por lo tanto, hace falta ahora que el Gobierno se enfoque en el aspecto de adaptación a este inevitable cambio.

eléctrica en Puerto Rico provendría de fuentes de energía renovables”.⁶⁷ Evidentemente eso no se ha logrado pues, según señalamos al inicio de este escrito, al 2015 un 98% de la producción de energía eléctrica era mediante el uso de fuentes fósiles.⁶⁸ Es decir, lo que falta por verse es si el Gobierno se mantendrá firme en su meta de alcanzar un 100% de generación mediante fuentes renovables para el 2050. Luego de examinar el Proyecto del Senado 1121, concluyo que el mismo recoge y atiende bastante de las preocupaciones señaladas por diversos sectores. Ojalá que, en este caso, a diferencia de años anteriores, aquellos puntos que se lograron atender en el establecimiento del marco regulatorio del sistema de electricidad puertorriqueño sirvan como propulsores para que el Gobierno cumpla con las metas energéticas trazadas, sobre todo en cuanto a la energía renovable, ya que esta representa una pieza esencial para lograr mitigar los efectos del cambio climático.

Considero que no puedo finalizar la Nota sin antes hacer hincapié en que luego de meses de trabajo por la Asamblea Legislativa y entidades gubernamentales y no gubernamentales, el Proyecto de Ley no se aprobó dentro del término de 180 días estipulado en la Ley 120-2018. Razón por esto, según Víctor Parés Otero, presidente de la Comisión de Desarrollo Económico y Energía, es que la Cámara de Representantes desea evaluar el Proyecto de Ley con detenimiento y que el tiempo que tenían disponible para evaluarlo durante la pasada sesión legislativa no era suficiente.⁶⁹

El presidente de la Asociación de Industriales de Puerto Rico, Rodrigo Masses Artze, solicitó que se convocara una sesión extraordinaria de la Asamblea Legislativa para que la Cámara de Representantes aprobara el nuevo marco regulatorio.⁷⁰ No obstante, dicho pedido no tuvo éxito. Previo a que finalizara el término, el CNE realizó las siguientes expresiones:

En nuestra opinión, dejar que el período de 180 días venza sin acción por la Cámara de Representantes sería un mal comienzo del proceso de privatización de la AEE, ya que el gobierno de Puerto Rico demostraría una vez más que es incapaz de cumplir con sus propios términos y condiciones para llevar a cabo transacciones importantes. Además, se crearía la impresión de que se busca beneficiar indebidamente a alguna compañía o firma en específico—ya que no tendría que cumplir con los requisitos establecidos en el P[royecto] del S[enado] 1121— lo que pondría en duda la seriedad y la integridad de todo el proceso relacionado a la privatización de la AEE. Y finalmente, la falta de transparencia pudiera desalentar a

⁶⁷ Luis A. Avilés Pagán, *La cartera de energía renovable de Puerto Rico: ¿Demasiado poco, demasiado tarde?*, 81 REV. JUR. UPR 135, 172 (2012).

⁶⁸ INESI, *supra* nota 1, en las págs. 18-19.

⁶⁹ Ayeza Díaz Rolón, *Atrasan debate sobre marco regulatorio de AEE*, EL VOCERO (8 de noviembre de 2018), https://www.elvocero.com/gobierno/atrasan-debate-sobre-marco-regulatorio-de-ae/articulo_ea0a41fa-e301-1e8-9154-a37c9f387944.html.

⁷⁰ *Asociación de Industriales le pide a Rosselló sesión extraordinaria sobre proyecto AEE*, CARIBBEAN BUSINESS (14 de noviembre de 2018), <https://cb.pr/asociacion-de-industriales-le-pide-a-rossello-sesion-extraordinaria-sobre-proyecto-ae/>.

inversionistas interesados y tal vez hasta el gobierno federal, que todavía no ha redactado los lineamientos para el uso de los \$2,000,000,000 asignados para el mejoramiento del sistema eléctrico de Puerto Rico y de las Islas Vírgenes.⁷¹

Concuerdo con las expresiones vertidas por el CNE. Sin embargo, también entiendo el hecho de que la Cámara desee evaluar el Proyecto responsablemente para que sufra la menor cantidad de enmiendas posibles en el futuro. Esperemos que sea cierto el compromiso del Gobernador de no forzar ningún proceso privatizador durante el tiempo que tome convertir en ley al Proyecto del Senado 1121.⁷²

⁷¹ Sergio Marxuach, *180 días*, CNE (26 de noviembre de 2018), <http://grupocne.org/2018/11/26/180-dias/>.

⁷² Ayeza Díaz Rolón, *Dejan para enero varios proyectos*, EL VOCERO (14 de noviembre de 2018), https://www.elvocero.com/gobierno/dejan-para-enero-varios-proyectos/article_ccf329d6-e7b3-11e8-80fa-a7b19aab6dc7.html.

DEPARTAMENTO DE SEGURIDAD PÚBLICA: UNA MIRADA INTRODUCTORIA

COMENTARIO

JOEL R. RODRÍGUEZ SÁNCHEZ*

INTRODUCCIÓN

LA CRIMINALIDAD EN PUERTO RICO HA SIDO UN ASUNTO DE PREOCUPACIÓN durante décadas.¹ Las estadísticas han demostrado resultados consistentemente elevados cuando nos referimos a las cifras totales de crímenes reportados a través de los años.² Tras esto, la criminalidad se ha mantenido como uno de los asuntos prioritarios en la discusión pública. El debate ha cobrado mayor fuerza en las primeras semanas del 2019 precisamente por la alta actividad delictiva que se ha experimentado en la Isla.³

Hace dos años, como respuesta ante las precarias circunstancias sociales y económicas que imperan en Puerto Rico, se aprobó la *Ley del Departamento de Seguridad Pública de Puerto Rico* (Ley Núm. 20-2017), con el propósito de crear el Departamento de Seguridad Pública de Puerto Rico (en adelante, “DSP”).⁴ En la

* El autor es Redactor Digital de *In Rev* y estudiante de tercer año de la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico.

¹ Véase JUNTA DE PLANIFICACIÓN, BOLETÍN SOCIAL, CRIMINALIDAD EN PUERTO RICO: SERIE HISTÓRICA 1900 AL 2009 (2010), [http://gis.jp.pr.gov/Externo_Econ/Publicaciones%20Sociales/Boletin/2010.10-Boletin_Social-Criminalidad_en_Puerto_Rico_Serie_Historica_1900_al_2009_\(Oct-2010\).pdf](http://gis.jp.pr.gov/Externo_Econ/Publicaciones%20Sociales/Boletin/2010.10-Boletin_Social-Criminalidad_en_Puerto_Rico_Serie_Historica_1900_al_2009_(Oct-2010).pdf).

² *Id.* en la pág. 145.

³ Véase Eric De León Soto, *Reunión de emergencia para atajar el crimen*, NOTICEL (8 de enero de 2019), <https://www.noticel.com/ahora/gobierno/policia/reunion-de-emergencia-para-atajar-el-crimen/970793470>; Redacción Digital Notiuno, *Gobernador reacciona ante la ola criminal reportada en víspera y día de Reyes*, NOTIUNO 630AM (6 de enero de 2019), https://www.notiuno.com/noticias/gobernador-reacciona-ante-la-ola-criminal-reportada-en-v-spera/article_d767d1e4-1ea-1e9-be7d-7bd1820ceb93.html; Manuel Ernesto Rivera, *24 asesinatos en lo que va de 2019: aumenta la preocupación por la criminalidad en Puerto Rico*, UNIVISIÓN (10 de enero de 2019), <https://www.univision.com/noticias/crimenes/24-asesinatos-en-lo-que-va-de-2019-aumenta-la-preocupacion-por-la-criminalidad-en-puerto-rico>; Tamara Gil, *La ola de violencia que asola Puerto Rico, uno de los territorios con más asesinatos de Estados Unidos y a la par de países como México*, BBC (16 de enero de 2019), <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-46869581?SThisFB&fbclid=IwARiZlpSff3NiHESWkO2MLyyRjALaPV9HxVothOiOnoGs-KC9CucQTGpqY>; División de Estadísticas de la Criminalidad, *Incidencia Criminal Delito Tipo 1, POLICÍA DE PUERTO RICO*, <https://policia.pr.gov/division-estadisticas-de-la-criminalidad/> (última visita 6 de febrero de 2019).

⁴ Ley del Departamento de Seguridad Pública de Puerto Rico, Ley Núm. 20 de 10 de abril de 2017, 25 LPRÁ § 3501-3714 (2017 & Supl. 2018).

exposición de motivos del Estatuto se indica que la formación de este nuevo departamento es precisamente para “promover un sistema de seguridad más efectivo, eficiente, funcional y que trabaje de forma integrada entre sus componentes y con otras agencias del Gobierno de Puerto Rico”. Igualmente, se presenta como un esfuerzo ambicioso para uniformar los procesos de la lucha contra el crimen.⁵ El DSP actúa como una agencia sombrilla en donde se agrupan las principales agencias de seguridad de Puerto Rico, las cuales se colocaron bajo una misma administración gubernamental.⁶ De esta manera se derogaron todas las leyes de las agencias que previo a esta Ley operaban independientemente, y se instituyeron como negociados dentro del DSP.⁷ Entre las agencias incluidas se encuentran, bajo títulos nuevos, las siguientes: (1) Negociado de la Policía de Puerto Rico; (2) Negociado del Cuerpo de Bomberos; (3) Negociado de Ciencias Forenses; (4) Negociado de Emergencias Médicas; (5) Negociado de Manejo de Emergencias y Administración de Desastres; (6) Negociado de Sistemas de Emergencia 9-1-1, y (7) Negociado de Investigaciones Especiales (NIE).⁸

I. EL DEPARTAMENTO DE SEGURIDAD NACIONAL FEDERAL COMO MODELO

Entre las funciones que se le otorgaron al DSP se destacan, no solo la integración de los servicios ofrecidos por los negociados previamente mencionados, sino el “reorganizar, reformar, modernizar y fortalecer”⁹ los instrumentos de seguridad pública y el manejo de los recursos públicos y privados para el funcionamiento de la Agencia y sus negociados.¹⁰ La implementación de este modelo surge a raíz de la integración de agencias llevada a cabo por el Departamento de Seguridad Nacional federal (D.H.S., por sus siglas en inglés) a partir de los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001 en el estado de Nueva York.¹¹

Por su parte, al observar de forma general la trayectoria del D.H.S. y su fiscalización, se visibilizan las dificultades que ha conllevado este proyecto para la seguridad y los esfuerzos federales con el fin de atenuar dichas complejidades. Con la aprobación del *Homeland Security Act of 2002*, el foro federal integró veintidós distintas agencias y departamentos federales relacionados a la seguridad nacional

⁵ Exposición de Motivos, Ley del Departamento de Seguridad Pública de Puerto Rico, Ley Núm. 20 de 10 de abril de 2017, 2017 LPR 770, 774, <http://www.oslpr.org/2017-2020/leyes/pdf/ley-20-10-Abr-2017.pdf>.

⁶ 25 LPRA § 3506 (2017 & Supl. 2018).

⁷ *Id.* §§ 3507-09 (2017 & Supl. 2018).

⁸ *Id.* § 3506 (2017 & Supl. 2018).

⁹ 2017 LPR 782.

¹⁰ 25 LPRA § 3503 (2017 & Supl. 2018).

¹¹ Véase *Gobernador crea el Departamento de Seguridad Pública*, PRIMERA HORA (10 de abril de 2017), <https://www.primerahora.com/noticias/gobiernopolitica/nota/gobernadorcreaeldepartamentodeseguridadpublica-1216949/>.

en una entidad unificada.¹² Y, precisamente por la amplia cantidad de agencias y departamentos que se buscaba uniformar, el Departamento federal, aún en tiempos recientes, se encuentra en constante modificación para poder elevar sus funciones al nivel de efectividad necesario para continuar con el mejoramiento de sus esfuerzos en la consecución de mayor seguridad nacional en los Estados Unidos de América y sus territorios.¹³ Según un informe del *United States Government Accountability Office* de 2017, a quince años de la implementación del D.H.S., este continuaba trabajando sobre deficiencias que se identificaron en varias áreas de alto riesgo.¹⁴ Sin embargo, según el informe, el Departamento logró demostrar un sólido progreso en treinta y dos áreas de alto riesgo señaladas, en donde al menos veintitrés de las áreas habían cumplido total o parcialmente con los criterios establecidos para ser removidos de la lista de áreas de alto riesgo.¹⁵ El estándar utilizado para evaluar a la Agencia consiste en cinco puntos: “leadership commitment, capacity, action plan, monitoring, and demonstrated progress.”¹⁶ Es decir, el modelo federal ha enfrentado en su desarrollo una multiplicidad de obstáculos funcionales; de cuya fiscalización se ha exhibido un continuo y constante progreso.

II. A CASI DOS AÑOS DEL DSP

En Puerto Rico, la transformación interagencial presupone, en teoría, no tan solo mayor efectividad en el funcionamiento de los negociados y los servicios que ofrecen en miras a combatir la criminalidad, sino un ahorro anual de aproximadamente \$28 millones del erario.¹⁷ A pesar de esto, el recién instituido DSP, liderado por el actual secretario Héctor Pesquera, ha enfrentado serias críticas por incumplir con las expectativas pautadas. Sumándole a esto, se trata de la primera línea de defensa en contra del crimen. Es decir, cualquier mal funcionamiento dentro del Departamento, afectaría directa o indirectamente a todos los cuerpos de seguridad pública a nivel estatal. Ello tiene un impacto real sobre el deber y la capacidad del Estado en proveer dichos servicios.

Desde la aprobación de la Ley Núm. 20-2017, el DSP ha padecido de serias deficiencias y fuertes cuestionamientos sobre la ejecución del modelo adoptado

¹² Homeland Security Act of 2002, 107 P.L. 296, 116 Stat. 2135 (codificado en 6 U.S.C. §§ 101-613 (2012)); *Who Joined DHS*, U.S. DEPARTMENT OF HOMELAND SECURITY, <https://www.dhs.gov/who-joined-dhs> (última visita 6 de febrero de 2019).

¹³ U.S. GOV'T ACCOUNTABILITY OFF., GAO-17-317, HIGH-RISK SERIES: PROGRESS ON MANY HIGH-RISK AREAS, WHILE SUBSTANTIAL EFFORTS NEEDED ON OTHERS 359-61 (2017), <https://www.gao.gov/assets/690/682765.pdf>.

¹⁴ Véase *id.* en las págs. 354-59.

¹⁵ *Id.* en la pág. 2.

¹⁶ *Id.* en la pág. 9.

¹⁷ Véase Javier Colón Dávila, *Comienza el ensamblaje del Departamento de Seguridad Pública*, EL NUEVO DÍA (18 de mayo de 2017), <https://www.elnuevodia.com/noticias/seguridad/nota/comienza-el-ensamblaje-del-departamento-de-seguridad-publica-2322159/>.

en el contexto de Puerto Rico.¹⁸ Según reseñado por algunos medios periodísticos del País, el DSP no ha podido establecer un modo de operar que organice efectivamente las distintas funciones llevadas a cabo por cada uno de los negociados.¹⁹ Si bien es cierto que el DSP tan solo lleva un año y nueve meses en función, el hecho de que sus labores estén directamente vinculadas con la seguridad pública coloca al Departamento bajo un criterio de estricto cumplimiento. En otras palabras, los efectos de no contar con una instrumentalidad pública que pueda asumir la vigilancia necesaria para ser un disuasivo de la criminalidad y para atender las necesidades multidimensionales del cual ahora tiene a su cargo el DSP se traduce en la obstaculización, no solo de la policía, sino de seis agencias adicionales que antes operaban independientemente. De manera que, a diferencia de lo que pudiese ocurrir con alguna otra agencia gubernamental, los efectos del malfuncionamiento del DSP se visibilizan con mayor facilidad.

CONCLUSIÓN

La adopción del modelo federal del D.H.S. debe servir, no solo para buscar respuestas en cuanto a su organización, sino también para evaluar el seguimiento y las intervenciones que se le han hecho en busca de mejorarlo. La entidad federal ha estado en constante desarrollo, atravesando una serie de modificaciones con

¹⁸ Véase Cybernews, *Reclaman eliminación de Seguridad Pública*, METRO (5 de diciembre de 2018), <https://www.metro.pr/pr/noticias/2018/12/05/reclaman-eliminacion-seguridad-publica-salida-pesquera.html>; Jackeline Del Toro, *Cámara aprueba medidas que enmienda la “Ley del Departamento de Seguridad Pública”*, NOTIUNO 630 AM (22 de octubre de 2018), https://www.notiuno.com/noticias/camara-aprueba-medidas-que-enmienda-la-ley-del-departamento/article_1367deec-005d-50ea-begb-497221415546.html; Sandra Torres Guzmán, *Piden a coro la renuncia de Pesquera*, PRIMERA HORA (29 de agosto de 2018), <https://www.primerahora.com/noticias/gobierno-politica/nota/pidenacorolare-nunciadepesquera-1299817/>; Telemundo PR, *Exigen renuncia de Pesquera tras estudio sobre muertes por María*, TELEMUNDO (29 de mayo de 2018), <https://www.telemundopr.com/noticias/destacados/Exigen-renuncia-de-Pesquera-tras-estudio-sobre-muertes-por-Maria-483957201.html>; *Petición exige renuncia inmediata de Héctor Pesquera*, EL VOCERO (7 de enero de 2019), https://www.elvocero.com/gobierno/petici-n-exige-renuncia-inmediata-de-h-ctor-pesquera/article_e20d8e06-12bf-1e9-86be-7fac534f67of.html.

¹⁹ Véase Benjamín Torres Gotay, *Expertos indican que Seguridad Pública no ha logrado engranar ni funcionar como se esperaba*, EL NUEVO DÍA (14 de octubre de 2018), <https://www.elnuevodia.com/noticias/seguridad/nota/expertosindicanqueseuridadpublicanohalogradoengranarnifuncion-narcomoseesperaba-2452929/> (“Al cumplirse 18 meses de la creación del DSP, la novel agencia, según múltiples entrevistados, no acaba de engranar administrativa ni operacionalmente de la manera en que lo soñaron quienes la concibieron, sus más importantes componentes enfrentan severas deficiencias de personal y de recursos y hay conflictos entre sus componentes, desenlaces, todos, que afectan los vitales servicios que estas agencias están dispuestos a brindar.”); Melissa Correa Velázquez, *No ayuda el Departamento de Seguridad*, EL VOCERO (21 de febrero de 2018), https://www.elvocero.com/ley-y-orden/no-ayuda-el-departamento-de-seguridad/article_2ec1c046-16b3-1e8-9119-8fae25f26e84.html (sobre la obstaculización de la reforma policiaca a raíz de la incorporación del Departamento de Seguridad); Rafael Lenín López, *Crisis de seguridad pública*, METRO (18 de enero de 2018), <https://www.metro.pr/pr/blogs/2018/01/18/crisis-seguridad-publica.html> (“Pero más allá de eso, resulta urgente que el Departamento de Seguridad Pública, creado en abril de 2017, se establezca, sea visible y adquiera más formalidad. Todavía luce muy difusa su función y no se ven resultados concretos desde su creación, ni en garantizar el orden público o en significarle ahorros al erario”).

las que se han logrado cambios concretos en su ejecución. De esta misma forma, el DSP debe ser sostenido y evaluado bajo lo que verdaderamente representa para Puerto Rico. Como ya se ha mostrado, los intentos de uniformar todas las agencias principales de seguridad en la Isla ha traído consigo unas dificultades que podrían catalogarse como previsibles; al contar con un modelo federal en plena ejecución y con los datos de las pasadas siete agencias independientes que conforman el DSP en el presente. Pues, debe reiterarse, y sin ánimo de caer en el simplismo, que ya los proponentes del modelo contaban con el ejemplo federal y los beneficios y dificultades que han surgido a partir de su implementación. La política pública de Puerto Rico y su aplicación por medio de las agencias administrativas debe atenerse al contexto específico de las realidades ampliamente documentadas en la Isla. El DSP no es la excepción. Lo fundamental reside, precisamente, en la administración compatible de esta Agencia. Indiscutiblemente, la armonización de todos sus negociados es la meta que aún no se ha podido alcanzar. Su similitud con el modelo federal puede resultar beneficioso a medida en que se estudie seriamente la extensa literatura fiscalizadora disponible sobre la entidad gubernamental.²⁰ No obstante, queda mucho por ver en relación al desarrollo del DSP y sobre el ambicioso proyecto administrativo para la seguridad pública.

²⁰ *Previous Department of Homeland Security Performance and Accountability Reports*, DEPARTMENT OF HOMELAND SECURITY, <https://www.dhs.gov/previous-performance-and-accountability-reports> (última visita 6 de febrero de 2019); *DHS Management – High Risk Issue*, GAO, https://www.gao.gov/key_issues/dhs_implementation_and_transformation/issue_summary#t=1 (última visita 6 de febrero de 2019).

REALIDADES Y DESAFÍOS DEL DEPARTAMENTO DE SEGURIDAD PÚBLICA

RESEÑA

JOEL R. RODRÍGUEZ SÁNCHEZ*

ES IMPORTANTE EXAMINAR, DESDE UNA PERSPECTIVA CRÍTICA, LAS actuaciones del gobierno pues muchas inciden directamente en la vida de sus ciudadanos. Debido a esto, el pasado 8 de febrero, la Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico llevó a cabo el *Simposio: Andamiaje y Reestructuración de Puerto Rico*.¹ El panel estuvo compuesto por el licenciado Ramón Rosario Cortés, la profesora Yolanda Cordero Nieves y el profesor William Vázquez Irizarry. El tema central de esta primera parte del Simposio fue un análisis del Departamento de Seguridad Pública en Puerto Rico (en adelante, “DSP”), establecido por la *Ley del Departamento de Seguridad Pública de Puerto Rico* (en adelante, “Ley 20-2017”).²

El primer turno de exposición lo tuvo el licenciado Ramón Rosario Cortés, quien, entre sus primeras expresiones, comunicó su apoyo a la legislación por la reducción en el erario que representó su implementación. Rosario Cortés expuso una serie de estadísticas y gráficas sobre la criminalidad en Puerto Rico y el descenso en la población de la Isla. El licenciado arguyó que el problema de la criminalidad se había convertido en prioridad para la política pública del Gobierno desde hace unas décadas, así recalcando que no era un tema nuevo. Además, aclaró que la alta tasa de incidentes violentos no debía verse como resultado de las agencias del orden público, sino que se trataba de temas sociales, como la falta de valores y de ética. Por otro lado, manifestó que se le debía dar mayor tiempo al DSP para ir modificando la forma en que se llevan a cabo sus procesos en busca de aumentar su efectividad.

Rosario Cortés, luego recalcó la situación fiscal precaria en la que se encuentra el País, razón por la que todas las funciones que ejecuta el Gobierno se han visto afectadas de una forma u otra, especialmente en consideración de los presupuestos con los que funciona cada agencia. Para el año fiscal 2018-2019 el presupuesto

* El autor es Redactor Digital de *In Rev* y estudiante de tercer año de la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico.

¹ Puede utilizar el siguiente enlace para acceder a una grabación del conversatorio: Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico, Realidades y desafíos del Departamento de Seguridad Pública, FACEBOOK (8 de febrero de 2019), <https://www.facebook.com/revistajuridicaupr/videos/405633770206544/>.

² *Ley del Departamento de Seguridad Pública de Puerto Rico*, Ley Núm. 20 de 10 de abril de 2017, 25 LPRA § 3501-3714 (2018).

recomendado para el DSP ascendía a más de un billón de dólares.³ De esa cantidad, el Licenciado afirma que hubo un impacto de casi cincuenta y cuatro millones de dólares en ahorros una vez se implementó el modelo de “agencia sombrilla”. El funcionario público culminó su turno reiterando que, ciertamente, la discusión de la efectividad y la problemática que presenta la recién adopción del DSP trae consigo un panorama complicado. Entiende que la Ley requiere ciertos cambios, y que, a medida que continúe el transcurso del tiempo y se estén llevando a cabo las alteraciones necesarias, apoya al DSP como el modelo ideal para lograr mayor eficiencia gubernamental en el área de seguridad pública.

La próxima panelista que expuso fue la profesora Yolanda Cordero Nieves, quien enfocó su análisis desde una perspectiva de las teorías organizacionales de las agencias gubernamentales. Sostuvo que dicho modelo de análisis tiene tres elementos medulares por los cuales se dirige la investigación de un modelo como el del DSP. Estos son: (1) la retórica o discurso; (2) la ideología, y (3) la evidencia. Sobre el primer elemento, dirigió la conversación en torno a los planteamientos que se hacían sobre los modelos agenciales que se proponían. En cuanto al segundo, Cordero Nieves expresó que la ideología era una temática difícil y controversial en el estudio de las ciencias sociales. Esto es debido a que se relaciona con el ideal que se encuentra detrás de la forma en que se prevé que fungirán las agencias, en este caso el DSP. En cuanto a la evidencia, fue enfática en la importancia que resultaba tener este factor tanto en el ámbito académico como en el de ejecución gubernamental. La evidencia surge de estudios y la continuidad con la que se busca la recopilación de datos en las agencias. La cual se ve afectada adversamente por la falta de continuidad en los procesos internos gubernamentales, los cambios políticos cada cuatrienio, y la falta de recursos.

Adicionalmente, Cordero Nieves destacó que, en relación con la producción de evidencia, el ámbito político se propende a ocultar los fracasos por las claras repercusiones que su publicación pudiese generar políticamente entre la ciudadanía. No obstante, la Profesora sostuvo que resulta esencial la recopilación de datos precisamente para el análisis de los fundamentos que justifican el tipo de modelo organizacional que se pretende establecer y las consecuencias que pudiese tener. Igualmente, propuso dos formas de análisis con el que evaluar los procesos de reformas a implementarse o en plena implementación. La primera mirada busca esclarecer lo que no funciona en el modelo. Es decir, busca qué debe cambiarse. De otra parte, la segunda consideración es el diseño de la solución del problema. En específico, cuáles otras jurisdicciones han tenido problemas similares y cómo se han atendido, teniendo en cuenta el tiempo que se han tardado en solucionar las deficiencias y, las diferencias entre Puerto Rico y las jurisdicciones a estudiarse, entre otros factores. La Profesora hizo hincapié en que el monitoreo del progreso es indispensable para la adopción de procesos o la necesidad de descartarlos. De

³ Véase, *Presupuesto por Agencia*, OFICINA DE GERENCIA Y PRESUPUESTO [http://www.presupuesto.pr.gov/presupuestoRecomendado2018-2019/PresupuestosAgencias/Agencia%20Departamento%20Seguridad%20Pública%20-%20Documento%20Tomo%20II%20\(Recomendado\)%20-%20Año%202019.htm](http://www.presupuesto.pr.gov/presupuestoRecomendado2018-2019/PresupuestosAgencias/Agencia%20Departamento%20Seguridad%20Pública%20-%20Documento%20Tomo%20II%20(Recomendado)%20-%20Año%202019.htm) (última visita 11 de febrero de 2019); La cifra exacta es \$1,097,977,000.

la misma manera, alegó que, ante la adopción de nuevos modelos organizacionales, los esfuerzos siempre serían dirigidos a agrupar agencias o dividir las mismas.

Cordero Nieves sostuvo que el DSP surge de una ideología de lograr eficiencia por medio de la centralización. Además, explicó que, aunque bien es cierto que la fragmentación excesiva ha sido una de las causas de mayor problemática en Puerto Rico, el consolidar y centralizar conforma un proceso para el cual se requiere mucho tiempo. Al concluir, la Profesora argumentó —con datos recopilados desde el año 1993 hasta el 2016— que las políticas públicas incorporadas eran similares de su faz por ir dirigidas a asumir una “mano dura” contra el crimen. Reiteró que para poder tener agencias que logren llevar a cabo sus funciones eficazmente, se requiere de evidencia que vaya sustentando los procesos a implementarse por los gobiernos de turno. Al no tener un acceso a este tipo de datos, o de tenerlos que estos no correspondan a la realidad o simplemente no existan, entiende que la Ley 20-2017 se funda más en el discurso o retórica e ideología, que en evidencia que sustente sus funciones. En palabras de la profesora Cordero Nieves: “hasta hoy, ha habido en la Ley, más retórica, un poquito de ideología, y muy poca evidencia”.³

El profesor William Vázquez Irizarry estuvo a cargo de cerrar la actividad y este enfocó su intervención en ofrecer una perspectiva crítica de los antecedentes de las agencias sombrillas durante la gobernación de Pedro Roselló (1993-2000), y la experiencia del gobierno federal con el Departamento de Seguridad Nacional— modelo análogo al DSP.⁴ De entrada, el Profesor argumentó que la Comisión de Seguridad y Protección Pública, agencia con funciones y estructura organizacional similar al DSP, careció del impacto que se anticipó por la falta de cohesión. Esta, es una de las críticas principales que se han hecho a la estructura bajo la cual ahora se encuentran los siete Negociados del Orden Público.⁵ Vázquez Irizarry puntualizó que, en esencia, el problema con los intentos de la pasada administración fueron dificultosos al enfrentarse con el obstáculo en que se convirtió la dinámica de coordinación entre la agencia principal y las que iban a formar parte de esta. De igual forma, expresó que este era uno de los problemas que estaba mostrando el DSP. El Profesor expuso una serie de incongruencias que pudo apreciar en la Ley 20-2017. Entre estas, hizo mención de ciertos incisos que se encuentran en el Artículo 1.05, que versa de los deberes y facultades del Secretario.⁶ Sobre esto precisó que mientras la Ley le otorga autoridad al Secretario de comunicarse con los comisionados de cada negociado (quienes llevarán a cabo las funciones y

³ Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico, Realidades y desafíos del Departamento de Seguridad Pública, FACEBOOK (8 de febrero de 2019), <https://www.facebook.com/revistajuridicaupr/videos/405633770206544/>.

⁴ Véase, Primera Hora, *Gobernador crea el Departamento de Seguridad Pública*, PRIMERA HORA (14 de octubre de 2017), <https://www.primerahora.com/noticias/gobierno-politica/nota/gobernador-creaeldepartamentodeseguridadpublica-1216949/>.

⁵ Para más información sobre las críticas con relación a la organización y funcionamiento del DSP véase, Joel R. Rodríguez Sánchez, *Departamento de Seguridad Pública: Una mirada introductoria*, 2 IN REV UPR (2018) <http://revistajuridica.uprrp.edu/inrev/index.php/2019/02/06/departamento-de-seguridad-publica-una-mirada-introductoria/>.

⁶ 25 LPRA § 3505 (2018).

coordinación específica que le atañe dependiendo del área en la que se encuentren) también establece que es este primero quien ostenta la prerrogativa de planificar, organizar, supervisar, coordinar, administrar, dirigir y controlar todas las actividades que se desarrollen en los negociados. Por esta discrepancia es que se sostiene la existencia de una posible confusión en la cadena de mando del DSP, la cual es crucial para su funcionamiento.

Al finalizar su exposición, Vázquez Irizarry comparó el modelo del DSP, y la experiencia federal del Departamento de Seguridad Nacional ante la respuesta del Huracán Katrina. Comentó que los esfuerzos de la agencia no resultaron ser los apropiados ante el desastre natural que provocó el fenómeno atmosférico. Esto en parte por las complicaciones que hubo en la coordinación rápida para generar una respuesta inmediata de rescate y restauración a las áreas afectadas por el Huracán. Precisamente, por el percibido fracaso por parte de la agencia federal, el Congreso aprobó una enmienda que le daba mayor autonomía a la *Federal Emergency Management Agency* ("F.E.M.A.", por sus siglas en inglés). El Profesor destacó que los críticos de este modelo de agrupación de agencias entienden que la falta de organización y coordinación del Departamento Federal se daba por los distintos enfoques y los procesos que se implementaban a base de estos. Es decir, el fin primordial del Departamento de Seguridad Nacional era lidiar con las amenazas que el terrorismo generaba en los Estados Unidos, el cual es una problemática distinta en comparación con temas de seguridad pública en la cotidianidad.

A pesar de profundizar a partir de distintas perspectivas y herramientas teóricas y legales para su análisis, los panelistas concuerdan en la necesidad de continuar reformando el DSP. Una estructura gubernamental destinada a fungir para el manejo de seguridad a distintos niveles, no puede carecer de una mínima funcionalidad en relación a la coordinación de respuestas inmediatas. Se desprende de la discusión que, inevitablemente, muchas modificaciones están por verse. De manera que se deberá mantener un ojo avizor.

LA EDUCACIÓN EN PRECARIO: CRISIS FISCALES Y LITIGIOS RECIENTES

NOTA

JOSÉ BERNARDO MÁRQUEZ*

INTRODUCCIÓN

COMO SI SE TRATARA DE UN GUION PROPIO DE SOCIEDADES EN PRECARIO fiscal, el 2018 ilustró un paralelo jurídico-político entre Puerto Rico y Michigan adicional a la radicación de quiebras gubernamentales históricas: el efecto de los recortes presupuestarios sobre los derechos sociales y culturales. Ya se ha reseñado sobre el tratamiento residual que los planes fiscales han dado a las instituciones culturales como parte de las reestructuraciones de deuda en Puerto Rico y Detroit.¹ Por lo tanto, en esta Nota solo pretendo comentar el surgimiento de reclamos judiciales en ambas jurisdicciones sobre uno de los derechos culturales más emblemáticos: el derecho a la educación. En particular, discutiré los casos de *Meléndez de León v. Keleher* y *Gary B. v. Snyder*,² ambos resueltos a mediados del año pasado. El primero por la Corte Federal de Distrito en Michigan y el segundo por el Tribunal Supremo de Puerto Rico (en adelante, “TSPR”).

A modo de trasfondo de ambos casos, vale destacar dos aspectos que explican la simultaneidad y comparabilidad de casos estructurales como estos sobre el derecho a la educación. En primer lugar, ciertamente el impacto fiscal sobre los planteles escolares, los materiales y todo tipo de recursos educativos ha propiciado movilizaciones ciudadanas en reclamo de una educación de calidad.³ En medio de esas batallas cívicas se denota una tendencia a utilizar indicadores de bajo

* El autor es abogado. Fue Director del Vol. LXXXV de la Revista Jurídica de la UPR y Oficial Jurídico de la jueza presidenta Maite D. Oronoz Rodríguez entre 2016-2017.

¹ Véase Efrén Rivera Ramos, *Los derechos culturales: crisis, retos y resistencias* (31 de agosto de 2018), 80 GRADOS, <http://www.8ogradados.net/los-derechos-culturales-crisis-retos-y-resistencias/>; Véase NATHAN BOMEY, DETROIT RESURRECTED: TO BANKRUPTCY AND BACK 113-28 (2016).

² *Meléndez de León v. Keleher*, 2018 TSPR 126; *Gary B. v. Snyder*, 329 F. Supp. 3d 344 (2018).

³ Véase Alia Wong, *Students in Detroit Are Suing the State Because They Weren't Taught to Read*, THE ATLANTIC (6 de julio de 2018), <https://www.theatlantic.com/education/archive/2018/07/no-right-become-literate/564545/> (“The fact that a suit like *Gary B. v. Snyder* was even filed says a lot about the state of education in the United States today. The case is indicative of a new chapter in American education in which advocates, frustrated with persistent achievement gaps and glaring disparities in school quality despite efforts to combat those problems, are resorting to unconventional means to bring about change.”); José B. Márquez, *¿Constitucional la reforma educativa?*, EL NUEVO DÍA (20 de abril de 2018),

<https://www.elnuevodia.com/opinion/columnas/constitucionallareformaeducativa-columna-2416122/>.

aprovechamiento académico como base fáctica de los diversos reclamos y propuestas. En segundo lugar, y como ya se ha sugerido, no debe separarse la crisis fiscal de la crisis política —entiéndase, Trumpismo a nivel de Estados Unidos y Junta de Supervisión Fiscal a nivel de Puerto Rico— como caldo de cultivo adicional de frustraciones significativas en la población, quien entonces recurre a los foros judiciales como último remedio. Veamos los casos.

I. MELÉNDEZ DE LEÓN V. KELEHER

En el ámbito local se resolvió *Meléndez de León v. Keleher*, donde los demandantes eran padres de estudiantes del sistema escolar público de Puerto Rico, en particular de escuelas sujetas al plan de cierre de planteles efectuado por el Departamento de Educación. Los padres reclamaron que el cierre de las escuelas a las que asistían sus hijos se estaba llevando a cabo sin cumplir con la *Ley de reforma educativa de Puerto Rico* y la Carta Circular Núm. 33-2016-2017 del Departamento de Educación,⁴ así como con garantías constitucionales del debido proceso de ley, igual protección de las leyes y el derecho a la educación consagrado en la Constitución de Puerto Rico.⁵ A su vez, la demanda incluyó varios señalamientos de carácter procesal que están fuera del alcance de la discusión en esta Nota. No obstante, nótese que la controversia a grandes rasgos fue si el Departamento cumplió o no los procedimientos constitucionales, legislativos y administrativos requeridos para efectuar los cierres.

Además de la jurisprudencia sobre el debido proceso de ley a nivel administrativo, hay que destacar varios puntos como trasfondo necesario de este caso. Por un lado, el cierre de las escuelas responde al reto demográfico que el país viene atravesando debido a la reducción paulatina de la población, lo que a nivel escolar ha implicado una reducción enorme del estudiantado.⁶ El cierre a su vez se deriva de una larga discusión sobre la calidad de la educación pública en Puerto Rico, agudizada por pésimos indicadores de desempeño escolar provistos por investigaciones del sector no gubernamental.⁷ Además, el cierre de planteles fue un fenómeno que, precisamente porque formaba parte de la discusión pública en los últimos años de ajustes fiscales, se contempló por la legislatura y se incluyó como

4 Ley de reforma educativa de Puerto Rico, Ley Núm. 85 de 29 de marzo de 2018 <http://www.oslpr.org/2017-2020/leyes/pdf/ley-85-29-Mar-2018.pdf> (última visita 1 de febrero de 2019); Departamento de Educación de Puerto Rico, Carta Circular Núm. 33 2016-2017 (10 de marzo de 2017), <http://intraedu.dde.pr/Cartas%20Circulares/33-2016-2017.pdf>.

5 CONST. PR. art. II, § 5.

6 Keila López Alicea, *Educación arrastra el cierre de escuelas desde hace 20 años*, EL NUEVO DÍA (14 de mayo de 2017), <https://www.elnuevodia.com/noticias/locales/nota/educacionarrastraelcierredeescuelasdesdehace20anos-2320740/>.

7 ABRE PUERTO RICO, ÍNDICE DE DESEMPEÑO ESCOLAR, (2018), <https://static1.squarespace.com/static/5a7a2f63ccc5c54ba41dccec/t/5adf40496d2a73oadcoace6e/1524580431311/Informe+%2824+abril%29.pdf>.

parte de la Ley Núm. 85-2018, conocida como la *Ley de reforma educativa de Puerto Rico*.⁸

Sobre esto último, entre los deberes y facultades conferidos a la Secretaria de Educación bajo dicha Ley, se reconoció la siguiente facultad:

Establecer y regular la apertura y cierre, consolidación y/o reorganización de las instalaciones donde operan las escuelas públicas de Puerto Rico, previa determinación de necesidad. Disponiéndose que, para el cierre, consolidación y/o reorganización de las instalaciones, el Secretario seguirá el procedimiento establecido en el Artículo 8.01, inciso (f) de esta Ley.⁹

Por su parte, el artículo 8.01(f) establece que, efectivo el 1 de julio de 2018, el cierre, consolidación o reorganización de cualquier escuela requeriría la preparación de un estudio con una serie de criterios.¹⁰ Por lo tanto, uno de los reclamos principales de los demandantes en este caso fue que el Departamento no contaba con dicho estudio en torno a las escuelas de sus hijos, además de que no se les había provisto notificación ni participación adecuada en la determinación administrativa de cierre. Fundamentos de esta índole configuraron la pregunta medular en términos prácticos ante la consideración del TSPR: si procedía o no el *injunction* que los foros inferiores le habían conferido a los demandantes para detener el cierre de las escuelas.

Una amplia mayoría de los jueces del TSPR,¹¹ concluyeron que no procedía el *injunction*, pero se dividieron en los fundamentos, por lo que el caso se resolvió por sentencia y los jueces emitieron opiniones separadas. Los jueces Rivera García, Martínez Torres, Pabón Charneco y Kolthoff Caraballo interpretaron lo siguiente: (1) el requisito de un estudio bajo la Ley Núm. 85-2018 no aplicaba a las escuelas en controversia dado que la Ley establecía que era efectivo el 1 de julio de 2018 y el cierre se había anunciado en abril de 2018; (2) las garantías del debido proceso de ley no protegían a los demandantes dado que estas son propias de procedimientos adjudicativos o individualizados, mientras que el cierre administrativo de planteles escolares era de aplicación general y de naturaleza legislativa-reglamentaria, y (3) aunque el derecho a la educación está sujeto al escrutinio estricto cuando se interfiere sustancialmente con el mismo, un cierre escolar acompañado de una escuela receptora y transportación para los estudiantes no representa una

⁸ Exposición de motivos, Ley de reforma educativa de Puerto Rico, Ley Núm. 85 de 29 de marzo de 2018 <http://www.oslpr.org/2017-2020/leyes/pdf/ley-85-29-Mar-2018.pdf> (última visita 1 de febrero de 2019).

⁹ Ley de Reforma Educativa de Puerto Rico, Ley Núm. 85 de 29 de marzo de 2018, Art.2.04(b)(14) <http://www.oslpr.org/2017-2020/leyes/pdf/ley-85-29-Mar-2018.pdf> (última visita 1 de febrero de 2019).

¹⁰ *Id.* en el art. 8.01(f).

¹¹ Seis jueces compusieron la pluralidad del bloque mayoritario y hubo dos disidencias.

interferencia sustancial, por lo que en realidad está sujeto al escrutinio racional y sobrevive dicho escrutinio.¹²

Los jueces Colón Pérez y Rodríguez Rodríguez, uniéndose a la sentencia mayoritaria, escriben por separado pero desatienden los planteamientos de carácter estatutario y de Derecho Administrativo. A su entender, el pleito tenía meramente que ver con el derecho constitucional a la educación, el cual está histórica y expresamente limitado a la capacidad económica del Estado de sufragarlo.¹³ Desde su perspectiva, además, la determinación de la Rama Ejecutiva sobre abrir o cerrar planteles, es una de pura discreción administrativa y no está sujeta a intervenciones de la Rama Judicial y, parecería que tampoco de la Rama Legislativa.¹⁴

La jueza presidenta Oronoz Rodríguez disintió por entender que se incumplió con el estudio de la Ley Núm. 85-2018.¹⁵ Por su parte, el juez asociado Estrella Martínez disintió por entender que se incumplió con el debido proceso ley, debido a tanto por la ausencia de notificación del cierre, como por la falta de participación ciudadana ante una determinación administrativa que incide sobre derechos fundamentales (i.e., el derecho de los padres a criar a sus hijos y el derecho de los niños y jóvenes a educarse).¹⁶ En ese sentido, el juez Estrella Martínez sugiere una noción del debido proceso de ley que rebasa los procedimientos adjudicativos y, por lo tanto, tiene repercusiones en los llamados procedimientos legislativos-reglamentarios o de aplicación general.

Debe mencionarse que el mismo día en que el Tribunal publicó su sentencia, la Comisión de Derechos Civiles publicó un informe sobre el cierre de escuelas en respuesta a una querrela presentada ante la Comisión por la Asociación de Maestros.¹⁷ En específico, la querrela le solicitaba a la Comisión que investigara si el Departamento de Educación, como parte del proceso de cierre y consolidación de escuelas públicas, había violentado derechos civiles. El Informe de la Comisión concluyó que, en efecto, el proceso de cierre de escuelas conllevó violaciones al derecho a la educación por, entre otras cosas, llevarse a cabo de manera desorganizada, sin criterios adecuados ni la participación adecuada de los estudiantes, padres, personal y comunidades implicadas.¹⁸ La Comisión, a su vez, recomendó una moratoria al proceso y que el mismo se llevara a cabo por fases.¹⁹

¹² *Meléndez de León*, 2018 TSPR 126, en las págs. 28-29, 40-41 (Rivera García, opinión de conformidad).

¹³ *Id.* en las págs. 8-9 (Colón Pérez, opinión de conformidad).

¹⁴ *Id.* en la págs. 2-4.

¹⁵ *Id.* en la pág. 2. (Oronoz Rodríguez, expresión particular).

¹⁶ *Id.* en las págs. 2-3, 15, 33, 38 (Estrella Martínez, opinión disidente).

¹⁷ COMISIÓN DE DERECHOS CIVILES, INFORME SOBRE EL CIERRE DE ESCUELAS DEPARTAMENTO DE EDUCACIÓN DE PUERTO RICO QUERRELLA NÚM. 2018-4-17371 (2018), <http://www.agencias.pr.gov/agencias/cdc/Documents/Noticias/Informe%20Cierre%20de%20Escuelas.pdf>.

¹⁸ *Id.* en las págs. 64-65.

¹⁹ *Id.* en la pág. 67.

Tiendo a coincidir con el juez Estrella Martínez y la Comisión en que una determinación híbrida (de impacto general e individual) como lo es el cierre de una o varias escuelas, debe satisfacer estándares mínimos de razonabilidad y debido proceso de ley, lo cual no se satisfizo en este caso.²⁰ A su vez, sobre el argumento bajo la Ley Núm. 85-2018, una respuesta plausible a la postura redactada por el juez Rivera García sobre la fecha establecida en el artículo 8.01(f) sería que la legislatura solo facultó a la Secretaria de Educación a llevar a cabo cierres en cumplimiento con ese procedimiento (esto es, condicionado a que se realizaran luego del 1 julio de 2018 y previo estudio); por lo que, fuera de lo allí dispuesto, la Secretaria simplemente no tenía facultad alguna para cerrar escuelas. Eso sería compatible con una interpretación práctica de la fecha establecida por la legislatura, a los efectos de que los cierres no interrumpieran el semestre escolar.

Ahora, me llama la atención que gran parte de los señalamientos de los jueces de minoría y la Comisión de Derechos Civiles se refieren al *proceso* del cierre de las escuelas y no al cierre en sí mismo. No queda claro si esto se debe a que consideraron innecesario adentrarse en argumentos de derecho sustantivo cuando los argumentos procesales permitían resolver el caso. Bien también pudiera deberse a una premisa jurídica según la cual el cierre de escuelas no presenta problemas constitucionales mayores, como sugiere el juez Estrella Martínez,²¹ o a un reconocimiento implícito de política pública en cuanto a que algún tipo de cierre era fiscalmente inevitable y, por lo tanto, solo restaba velar por el procedimiento.

Sobre esto, solo los jueces conformes con los cierres atienden su constitucionalidad a la luz del derecho a la educación. Como mencionara antes, cuatro jueces del TSPR, por voz del juez Rivera García, creen que cualquier interferencia sustancial con el derecho a la educación está sujeta al escrutinio estricto (lo que implicaría que se requiere un interés apremiante para afectar ese derecho). No obstante, un cierre escolar acompañado de una escuela receptora en el mismo municipio y transportación escolar para los estudiantes, no representa una interferencia sustancial.

Es loable que se reconozca la aplicación de un escrutinio estricto al derecho a la educación, aunque, ciertamente, todo escrutinio está sujeto a cómo los jueces enmarcan los hechos e interpretan la *sustancialidad* o *razonabilidad* de una actuación gubernamental. Es decir, ¿qué hubiese pasado si las escuelas receptoras

²⁰ Véase e.g. *Mun. de San Juan v. Junta de Planificación*, 189 DPR 895, 905 (2013) (aludiendo a posibles desfases cuando ciertos procedimientos se catalogan como “cuasi-legislativos” pero tienen efectos de carácter particular).

²¹ Esta, por ejemplo, es la postura del juez Estrella Martínez. *Meléndez de León v. Keleher*, 2018 TSPR 126, en la pág. 42 (Estrella Martínez, opinión disidente) (“[L]a controversia se circunscribe a determinar cuál es el procedimiento adecuado, conforme el debido proceso de ley y el derecho constitucional fundamental de la educación, que debe realizar el Departamento para llevar a cabo su facultad de consolidar o cerrar escuelas públicas. Por lo que no está en controversia el poder que tiene el Departamento para llevar a cabo la consolidación y cierre de las escuelas. Tampoco está ante nos el debate sobre la preferencia o la política pública que debe imperar en el cierre de las escuelas públicas. Ese debate es un asunto que compete a la arena política. Lo que nos toca resolver es el deber de la Rama Judicial en delimitar las garantías procesales en ese procedimiento de cierre de escuelas”).

hubiesen estado en pueblos limítrofes o si, estando en el mismo municipio, no se proveía transportación? ¿Podríamos interpretar que cuatro jueces del TSPR creen que el derecho constitucional a la educación incluye el derecho a transportación escolar o a estudiar en una escuela localizada en el municipio de residencia porque lo contrario sería una interferencia sustancial con ese derecho?

Por su parte, los jueces Colón Pérez y Rodríguez Rodríguez enuncian una postura mucho menos protectora del derecho a la educación, según la cual este meramente cubre la disponibilidad de escuelas en las cuales estudiar, no así medidas y condiciones propicias para el acceso a esas escuelas. Sobre esta postura, suponemos que el Departamento de Educación hubiera establecido que, por limitaciones fiscales, las únicas escuelas disponibles para todo el estudiantado puertorriqueño serían las de San Juan, Mayagüez, Ponce y Fajardo, por lo que los estudiantes de los restantes municipios tendrían que trasladarse diariamente a estos planteles para disfrutar su derecho constitucional a la educación. ¿No presentaría eso problemas constitucionales bajo el artículo 2, sección 5, de la Constitución de Puerto Rico? ¿Hubieran estos jueces igualmente catalogado la actuación como una *tarea eminentemente administrativa* solo sujeta a una exhortación del Poder Judicial a que los ahorros del cierre se dirijan a las escuelas abiertas para que en ellas se cumpla con el mandato de la sección 5?²²

En fin, dado que estas y otras consideraciones posiblemente formen parte del próximo Análisis del Término de Derecho Constitucional de esta Revista, movámonos ahora al foro federal.

II. GARY B. V. SNYDER

En *Snyder*, los demandantes eran estudiantes de varias escuelas públicas de Detroit, quienes reclamaron que la desatención y el fracaso del estado de Michigan en proveer los recursos necesarios para una buena educación les ha privado de habilidades de alfabetización y lectoescritura (*literacy*). Estas escuelas tenían notas de D y F según distintas investigaciones. Desde la perspectiva de los demandantes, esto demostraba el descalabro de las escuelas y, por consiguiente, de su formación académica para desarrollarse como ciudadanos y profesionales.²³ En específico, los demandantes destacaron la ausencia de materiales, recursos básicos, condiciones deplorables y salones sobrepoblados como parte de las circunstancias adversas a su proceso educativo.

Ausente una disposición en la Constitución de los Estados Unidos que reconozca el derecho a la educación, el reclamo de los demandantes en

²² *Id.* en la pág. 24 (Colón Pérez, opinión de conformidad) (“[So]lo nos resta exhortar a todos los componentes del Poder Ejecutivo a que las economías o ahorros que se generen como producto del cierre o consolidación de escuelas en el país sean redirigidos a las escuelas públicas que permanezcan abiertas, de modo tal que allí, en cumplimiento con el mandato constitucional expuesto en el Art. II, Sec. 5 de la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico”).

²³ Demanda en la pág. 4, Gary B. v. Snyder, 329 F. Supp. 3d 344 (2018) (No.16-CV-13292), <https://www.clearinghouse.net/chDocs/public/ED-MI-0006-0001.pdf>.

la Corte Federal aun así fue de naturaleza constitucional a la luz del debido proceso de ley y la igual protección de las leyes.²⁴ El pleito de *Snyder* es particularmente novedoso, sino que le sigue rigurosamente la pista a una línea de casos del Tribunal Supremo de Estados Unidos (en adelante, “TSEU”) que conscientemente ha dejado abierta la pregunta en cuanto a si los estados pueden negarles a los niños acceso a un mínimo de educación adecuada,²⁵ o si ello constituiría una violación al debido proceso de ley y la igual protección de las leyes por su efecto en el disfrute de otros derechos, como la libertad de expresión y el derecho al voto.

Controversias previas en torno al financiamiento desigual de los sistemas de educación público, así como el cobro por servicios de transporte escolar, han levantado esta interrogante ante el TSEU en repetidas ocasiones. Aunque aparentaría ser que el TSEU ha rechazado la existencia de un derecho constitucional a nivel federal a una educación mínima,²⁶ el historial de opiniones en el que descansaron los demandantes en *Snyder* demuestra cierta ambigüedad del Tribunal al respecto. Por ejemplo, desde *Brown v. Board of Education*, a pesar de reconocer el valor histórico y social de la educación en Estados Unidos, el TSEU dio a entender que el requisito de igualdad y no discriminación aplicaba allí donde un gobierno estatal ha optado por proveer ese derecho. Esto lo que sugiere es que, desde el punto de vista del derecho constitucional federal, un estado puede negarse del todo a proveerle educación a sus constituyentes.²⁷

Asimismo, en *San Antonio Independent v. Rodríguez*, un caso sobre el financiamiento desigual de escuelas en Texas, el TSEU mencionó que el derecho a la educación no se encuentra ni explícita ni implícitamente en la Constitución de Estados Unidos.²⁸ No obstante, es precisamente *San Antonio Independent* el caso que levanta la interrogante que los demandantes en *Snyder* quieren que el TSEU responda. Y es que en ese caso el TSEU, luego de negar la existencia de un derecho constitucional a la educación a nivel federal, menciona en *dictum* por voz del juez Powell lo siguiente:

²⁴ “[P]laintiffs have chosen to resurrect educational rights litigation in federal court by seeking to breathe new life into decades-old language in the Supreme Court’s *Rodríguez* and *Plyler v. Doe* decisions”. William Koski, *Beyond Dollars: The promises and Pitfalls of the Next Generation of Educational Rights Litigation*, 117 Colum. L. Rev. 1897 (2017). “Illiteracy is an enduring disability. The inability to read and write will handicap the individual deprived of a basic education each and every day of his life”. *Plyler v. Doe*, 457 U.S. 202, 222 (1982) (*discutiendo a San Antonio Indep. Sch. Dist. v. Rodríguez*, 411 U.S. 1 (1973)).

²⁵ Demanda, *supra* nota 23, en la pág. 16.

²⁶ *Plyler*, 457 U.S. en la pág. 221 (“Public education is not a ‘right’ granted to individuals by the Constitution.”).

²⁷ *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483, 493 (1954) (“In these days, it is doubtful that any child may reasonably be expected to succeed in life if he is denied the opportunity of an education. Such an opportunity, where the state has undertaken to provide it, is a right which must be made available to all on equal terms.”) (énfasis suplido).

²⁸ *Rodríguez*, 411 U.S. en la pág. 35.

Even if it were conceded that some identifiable quantum of education is a constitutionally protected prerequisite to the meaningful exercise of either right [i.e. libertad de expresión, derecho al voto y participación política], we have no indication that the present levels of educational expenditures in Texas provide an education that falls short.²⁹

En términos prácticos, el saldo de *San Antonio Independent* es que las cortes federales le apliquen un escrutinio racional (deferencia a los organismos políticos) a estos pleitos basados en el debido proceso de ley e igual protección de las leyes sobre asuntos escolares por no considerar la educación un derecho fundamental. No obstante, el TSEU no descartó en la cita previa la posibilidad de reconocer un derecho constitucional a una educación mínima y con el que un sistema educativo estatal no puede incumplir (*fall short*), ya no por diferencias relativas en el trato a los respectivos distritos o planteles, sino por el fracaso rotundo en proveer destrezas básicas a sus estudiantes.³⁰ El TSEU hizo eco de esta posibilidad posteriormente en *Plyler v. Doey Papasan v. Allain*.³¹

La corte de Distrito en *Snyder* estuvo muy consciente de ese trasfondo jurisprudencial.³² Precisamente porque sabía que el TSEU todavía no ha contestado la pregunta, asumió una postura tímida y rechazó la existencia del derecho.³³ Para llegar a esa conclusión, la Corte descansó principalmente en un análisis originalista y mencionó que difícilmente la educación encuentre base en el historial constitucional (como corolario de la libertad y la justicia) cuando no es hasta mediados de Siglo XIX que surgen las escuelas públicas en Estados Unidos.³⁴ Desde esa perspectiva, la Corte sostuvo que, si bien puede reconocerse un compromiso social con la educación a través de toda la historia estadounidense, sería distinto hablar de una obligatoriedad constitucional de un sistema educativo y, a su vez, de determinadas garantías de dicho sistema. La Corte además se mostró cautelosa en reconocer lo que interpreta es un derecho positivo (derechos que requieren acciones afirmativas de parte del gobierno), cuando el TSEU tradicionalmente se ha

²⁹ *Id.* en las págs. 36-37.

³⁰ *Id.* en la pág. 37 (“Whatever merit appellees’ argument might have if a State’s financing system occasioned an absolute denial of educational opportunities to any of its children, that argument provides no basis for finding an interference with fundamental rights where only relative differences in spending levels are involved and where—as is true in the present case—no charge fairly could be made that the system fails to provide each child with an opportunity to acquire the basic minimal skills necessary for the enjoyment of the rights of speech and of full participation in the political process.”).

³¹ *Papasan v. Allain*, 478 U.S. 265, 285-86 (1986) (“As *Rodríguez* and *Plyler* indicate, this Court has not yet definitively settled the questions whether a minimally adequate education is a fundamental right and whether a statute alleged to discriminatorily infringe that right should be accorded heightened equal protection review. Nor does this case require resolution of these issues.”).

³² *Gary B. v. Snyder*, 329 F. Supp. 3d 344, 363 (2018) (“The Court is left to conclude that the Supreme Court has neither confirmed nor denied that access to literacy is a fundamental right.”).

³³ *Id.* en la pág. 366 (“But the Court is faced with a discrete question: does the Due Process Clause demand that a State affirmatively provide each child with a defined, minimum level of education by which the child can attain literacy? . . . [T]he answer to the question is no.”).

³⁴ *Id.* en las págs. 366-67.

limitado a reconocer derechos fundamentales de tipo negativo (derechos que limitan las barreras o restricciones que el gobierno puede interponer a determinada actividad).³⁵ Por último, la Corte también dispuso del caso por motivos procesales. Esto, pues entendió que los reclamos de los demandantes eran un tanto abstractos dado que no impugnaban un esquema, determinación o práctica gubernamental como causa de la mala educación y no realizaron comparaciones adecuadas con otras escuelas para un reclamo viable de igual de protección de las leyes.

Aunque el caso está pendiente a nivel apelativo en el Sexto Circuito, resulta interesante que ha dado paso a un segundo litigio muy similar en *Cook v. Raimondo*.³⁶ En este caso pendiente en la Corte de Distrito de Rhode Island los demandantes a su vez invocaron a *San Antonio Independent* y su progenie con tal de provocar pronunciamientos sobre el tema entre las cortes inferiores y quizás lograr que el TSEU atienda la interrogante que anteriormente ha rehuído. Con el beneficio de un caso anterior, es evidente que *Raimondo* trata de suplantar algunas de las deficiencias argumentativas señaladas por la Corte de Distrito de Michigan en *Snyder*. Entre estas, se destacan las referencias históricas a la centralidad de la educación en Estados Unidos,³⁷ las prácticas gubernamentales concretamente impugnadas y las graves consecuencias a la vida pública de un sistema educativo deficiente más allá de la participación política, incluyendo la participación adecuada en juicios por jurado y el sostenimiento de un sistema republicano de gobierno.³⁸ Ya sea por su reiterada metodología originalista, por considerarlo materia estatal o por la cola de litigios que ello podría generar, es improbable que el TSEU reconozca un derecho constitucional a la educación. Sin embargo, es más que legítimo que la ciudadanía solicite un dictamen del TSEU al respecto en una época en que las destrezas de civismo y participación política brillan por su ausencia.

III. COMENTARIO FINAL

Nuevamente, resulta interesante que la ciudadanía esté recurriendo a los foros judiciales en un momento en el que sus circunstancias de vida a nivel individual y comunitario se ven en precario y las vías políticas tradicionales resultan

³⁵ *Id.* en las pág. 364.

³⁶ Demanda, *supra* nota 23, en la pág. 1; Véase Dana Goldstein, *Are Civics Lessons a Constitutional Right? This Student Is Suing for Them*, N.Y. TIMES (18 de noviembre de 2018), <https://www.nytimes.com/2018/11/28/us/civics-rhode-island-schools.html>; Alia Wong, *The Students Suing for a Constitutional Right to Education*, THE ATLANTIC (28 de noviembre de 2018), <https://www.theatlantic.com/education/archive/2018/11/lawsuit-constitutional-right-education/576901/>.

³⁷ *Id.* en la pág. 11 (*citando a* DAVID MCCULLOUGH, JOHN ADAMS 364 (2001)) (“The education of a nation instead of being confined to a few schools and universities for the instruction of the few, must become the national care and expense for the formation of the many.”).

³⁸ *Id.* en las págs. 40-45.

ineficaces.³⁹ Tratándose de pleitos estructurales sobre derechos sociales y culturales, no sorprende la respuesta pasiva de los foros judiciales en asuntos comúnmente asociados a las ramas de gobierno que establecen política pública. En *Snyder*, el juez Stephen Murphy expresa su preocupación de, en nombre del debido proceso de ley, incurrir en tomar decisiones basadas en preferencias de política pública (*policy preferences*) propias del debate público y la acción legislativa.⁴⁰ Por su parte, en *Meléndez de León*, los jueces Colón Pérez y Rodríguez Rodríguez expresan la misma preocupación de intervenir por la vía judicial con los demás poderes constitucionales.⁴¹ Es decir, en ambos casos se exhibe el temor de inmiscuir a los tribunales en materias administrativas y de política pública fuera de su alcance.

Esto nos remite a un conocido debate entre, por un lado, la ineffectividad de la restricción judicial y, por otro lado, los riesgos del activismo judicial. Pero el problema con estas nociones es que parten de la premisa de que, en ciertos temas, el tribunal solo tiene dos opciones: abstenerse o legislar. Considero que esta mirada binaria ignora todo un desarrollo judicial a nivel internacional según el cual, precisamente para viabilizar el disfrute de derechos sociales y culturales, los tribunales están implementando medidas innovadoras de diálogo, deliberación y seguimiento entre las ramas gubernamentales para compensar defectos institucionales y bloqueos de política pública. Una buena justificación de este desarrollo, la provee el jurista colombiano César Rodríguez Garavito refiriéndose a otros derechos sociales:

[L]os mecanismos del activismo dialógico pueden ayudar a los tribunales a ocuparse de las deficiencias institucionales para solucionar problemas socioeconómicos complejos. No hay que ser un formalista jurídico para ver que los tribunales carecen del conocimiento técnico, el personal y los recursos (por no hablar de legitimidad) para elaborar y ejecutar soluciones a asuntos tan complicados como el desplazamiento forzado o la falta de acceso a medicamentos esenciales.

Sin embargo, eso no significa que no puedan provocar y moderar un diálogo entre las autoridades públicas y los actores de la sociedad sobre estas cuestiones, frente a los fracasos extendidos de las políticas públicas y las violaciones masivas de los DESC [derechos económicos, sociales y culturales]. Al convocar no solo a los funcionarios, sino también a una amplia variedad de actores con conocimiento relevante, como los líderes y miembros de la población beneficiaria, los expertos académicos y los organismos internacionales de derechos humanos, los tribunales dialógicos pueden promover la búsqueda colaborativa de soluciones o, al menos, una difusión pública sobre las vías de acción alternativas. Los efectos directos e

³⁹ Alia Wong, *supra* nota 3.

⁴⁰ *Snyder*, 329 F. Supp. en la pág. 364 (*citando a Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702, 720); véase también *San Antonio Independent*, 411 U.S., en la pág. 59 (“But the ultimate solutions must come from the lawmakers and from the democratic pressures of those who elect them.”).

⁴¹ *Meléndez de León v. Keleher*, 2018 TSPR 126, en la pág. 4 (Colón Pérez, opinión de conformidad) (“De conformidad con lo anterior, en reiteradas ocasiones este Tribunal ha sentenciado que los tres poderes constitucionales deben ser cuidadosos de no extralimitarse”).

indirectos que potencialmente pueden surgir de ese diálogo incluyen el desbloqueo de los procesos de política pública, las mejoras de la coordinación entre organismos públicos antes desconectados y la creación de políticas públicas en el lenguaje de los derechos.⁴²

Tanto a nivel federal como local convendría que los tribunales tomen en cuenta estas tendencias en materia de derechos sociales y culturales. Es de esperarse que el margen de acción sería mayor para tribunales estatales que reconocen derechos sociales y culturales específicos, como el derecho a la educación reconocido en la Constitución de Puerto Rico, *vis á vis* las cortes federales y las respectivas limitaciones de la Constitución federal.⁴³ Sin embargo, el punto es que estas tendencias sugieren un rol más alentador de los tribunales en cuanto la vindicación de derechos, capaz de estimular a la ciudadanía a seguir acudiendo a los tribunales y a los jueces a recurrir a vías de acción alternativas ante las violaciones masivas de derechos.

⁴² César Rodríguez Garavito, *El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre los derechos sociales*, en LA LUCHA POR LOS DERECHOS SOCIALES, LOS FALLOS JUDICIALES Y LA DISPUTA POLÍTICA POR SU CUMPLIMIENTO 128 (Malcolm Langford *et seq.* 2017) disponible en <https://cdn.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/10/Lucha-Derechos-Sociales-oct-22.pdf>.

⁴³ El derecho a la educación es reconocido en las respectivas constituciones de los cincuenta estados y en la Constitución de Puerto Rico. Véase EDUCATION COMMISSION OF THE STATES, 50-STATE REVIEW CONSTITUTIONAL OBLIGATIONS FOR PUBLIC EDUCATION 5-22 (2016), <https://www.ecs.org/wp-content/uploads/2016-Constitutional-obligations-for-public-education-1.pdf>.

EL RETO DEL SISTEMA PÚBLICO DE ENSEÑANZA: CON O SIN ESCUELAS CHÁRTER

RESEÑA

MARGARET M. OCHOA ESPINOSA*

EN MEDIO DE LA REESTRUCTURACIÓN EDUCATIVA QUE VIVE PUERTO RICO actualmente, la prioridad del Estado debe seguir siendo el mejoramiento del sistema público de enseñanza, al cual continuarán asistiendo la mayoría de los estudiantes independientemente de la implementación de las escuelas chárter y los vales educativos. En eso estuvieron de acuerdo el profesor Samuel E. Abrams, director del Centro Nacional para el Estudio de la Privatización de la Educación de la Universidad de Columbia, la profesora Ana Helvia Quintero, ex subsecretaria de Asuntos Académicos del Departamento de Educación de Puerto Rico, y la licenciada Melissa López Díaz, miembro del bufete Cancio, Nadal, Rivera & Díaz, P.S.C., quienes participaron del panel *De la teoría a la práctica: Las escuelas chárteres en Puerto Rico*. Esta actividad fue parte del Simposio: Andamiaje y reestructuración de Puerto Rico, celebrado por la Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico el pasado viernes, 8 de febrero.¹

La discusión se dio en el contexto de la *Ley de la reforma educativa de Puerto Rico*, la cual se aprobó el pasado año.² Esta Ley primordialmente establece la implementación de las Escuelas Públicas Alianza, conocidas como escuelas chárter, los vales educativos y la reestructuración organizacional del Departamento de Educación de Puerto Rico.³ Para el profesor Abrams, el mejoramiento del sistema público de enseñanza puede ser más tangible si: (1) se llevan a cabo reformas institucionales respecto a invertir en educación preescolar de calidad; (2) se reduce el número de estudiantes en los salones; (3) se incrementa el pago a los maestros, o (4) se mejora su preparación. Abrams argumentó que la implementación de las Escuelas Públicas Alianza, entiéndase planteles públicos administrados por entidades privadas, no es la solución para atender de manera efectiva los problemas del sistema educativo. Para apoyar su punto de vista dio ejemplos de varios estados

* La autora es Redactora Digital de *In Rev* y estudiante de segundo año en la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico.

¹ Puede utilizar el siguiente enlace para acceder a una grabación del conversatorio: Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico, *De la teoría a la práctica: escuelas chárteres en Puerto Rico*, FACEBOOK (8 de febrero de 2019), <https://www.facebook.com/revistajuridicaupr/videos/148009692782368/>.

² Ley de reforma educativa de Puerto Rico, Ley Núm. 85 de 29 de marzo de 2018 (*Disponible en* <http://www.oslpr.org/2017-2020/leyes/pdf/ley-85-29-Mar-2018.pdf>).

³ *Id.*; Véase Adriana De Jesús Salamán, *Gobernador firma la Reforma Educativa*, NOTICEL (29 de marzo de 2018), <https://www.noticel.com/ahora/gobernador-firma-la-reforma-educativa/722602881>.

de Estados Unidos en los que se ha abogado por dar más fondos a las escuelas públicas y frenar el crecimiento de las escuelas chárter. Un ejemplo de esto fue la reciente huelga de maestros en la ciudad de Los Ángeles, en la cual el reclamo principal era detener el crecimiento de este tipo de escuelas.⁴ En Puerto Rico, el máximo de escuelas chárter permitidas por ley es un diez por ciento, sin embargo, como explicó el Profesor, este tipo de escuelas requieren más dinero por pupilo. Por tanto, el Panelista enfatizó que los recursos monetarios sí son importantes en la educación, especialmente cuando se quiere hacer una diferencia, puesto que un sistema de enseñanza sin fondos tiene consecuencias con las que todos como sociedad debemos vivir.

En una pregunta del público se trajo la preocupación de que las escuelas chárter segregan a los estudiantes. Respecto a esto, el Profesor explicó que este tipo de escuelas limita la aceptación de estudiantes difíciles al imponer barreras. La primera de estas es que las escuelas chárter se reconocen por ser retantes académicamente, lo cual filtra a los estudiantes desde el inicio. Además, por ejemplo, en Estados Unidos los estudiantes no pueden ser expulsados de las escuelas chárter, pero sus directivos pueden hacer que el estudiante repita el grado y el propio estudiante es el que decide irse o sus padres toman la decisión de sacarlo cuando se les comienza a citar repetidamente a reuniones en la escuela. Por último, Abrams explicó que en Puerto Rico no se ha hablado de un problema mucho más grave y es que el veintiséis por ciento de los estudiantes en la Isla va a escuelas privadas, lo que quiere decir que si no hay padres de clase media-alta enviando a sus hijos a escuelas públicas, los padres de clase media-baja no son suficientes para presionar por mejorar la calidad de su educación. En otras palabras, el profesor planteó que hay una ausencia de voz en el sistema público de enseñanza. La profesora Ana Helvia Quintero añadió a este planteamiento que “si más personas enviasen a sus hijos a escuelas públicas, estas serían mucho mejor”.⁵

De otro modo, la profesora Quintero sostuvo que las Escuelas Públicas Alianza presentan una ventaja primordialmente por los pactos que desarrollan con organizaciones que tienen pilares de responsabilidad social. Quintero ve como un beneficio el que este tipo de organizaciones puedan incorporarse al sistema educativo para implementar nuevos modelos de enseñanza y atender a comunidades específicas. Al momento, la escuela Vimenti, operada por el *Boys & Girls Club de*

⁴ Véase Kate Reilly, *How the Debate Over Charter Schools is Fueling the Los Angeles Teacher Strike*, TIME (10 de enero de 2019), <http://time.com/5499164/la-teacher-strike-charter-schools/> (última visita 11 de febrero de 2019); Rebecca Klein, *The Los Angeles Teachers Strike Puts Charter Schools Under The Microscope*, HUFFINGTON POST (16 de enero de 2019), https://www.huffingtonpost.com/entry/lausd-charter-schools-los-angeles-teachers-strike_us_5c3f503ae4boeobaf54374ef; Jennifer Medina & Dana Goldstein, *Success of Los Angeles Teachers Strike Rocks Charter Schools, and a Rich Supporter*, N.Y. TIMES (28 de enero de 2019), <https://www.nytimes.com/2019/01/28/us/charter-schools-los-angeles.html>.

⁵ Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico, *De la teoría a la práctica: escuelas chárteres en Puerto Rico*, FACEBOOK (8 de febrero de 2019), <https://www.facebook.com/revistajuridicaupr/videos/148009692782368/> (en el cual puede acceder a la grabación de la ponencia de la profesora Ana Helvia Quintero).

Puerto Rico, es la primera escuela chárter en Puerto Rico que se enfoca en servir a estudiantes de escasos recursos.⁶ Sin embargo, la Profesora recalcó la importancia de establecer un sistema de evaluación efectivo para saber la factibilidad o no de este tipo de escuelas. En esta línea, se trajo el factor de la falta de continuidad con las políticas públicas educativas debido a los cambios de administración gubernamental cada cuatro años y cómo esto afecta el que se eliminen políticas educativas sin que se sepa si funcionaron o no. Precisamente lo que no debería suceder con las nuevas implementaciones de la Reforma Educativa. Por otra parte, Quintero señaló como otro factor crucial el que las Escuelas Públicas Alianza mantengan una relación con el sistema de educación pública y no se conviertan en un ente aparte.

Por otro lado, la licenciada Melissa López Díaz explicó el caso de *Asociación de Maestros v. Departamento de Educación* para plantear que esta decisión, en la cual se determinó que las Escuelas Públicas Alianza son constitucionales y se consideran escuelas públicas, brinda un nuevo crisol bajo el cual se afecta el panorama jurídico.⁷ Por ejemplo, si se va instar una demanda de daños y perjuicios respecto a una escuela chárter —y como se dijo que estas escuelas son consideradas escuelas públicas— cabe preguntarse si se puede demandar al Departamento de Educación por este tipo de litigios. Tras una pregunta del público, López Díaz explicó que no hay un relevo de responsabilidad de las escuelas chárter cuando sean demandadas en acciones civiles, aunque sí se les va a requerir un seguro a las organizaciones que administren este tipo de escuelas. Por otra parte, la Licenciada trajo a colación que otro problema es el salario de los maestros, ya que los docentes que realizan las mismas funciones estarían recibiendo salarios distintos. De igual forma, se expresó la inquietud respecto al impacto que va a tener en los fondos del Departamento de Educación, puesto que ahora los recursos monetarios deben dividirse entre las escuelas públicas y las nuevas Escuelas Públicas Alianza. La Ponente enfatizó que se deben tomar en cuenta estas preocupaciones y a su vez abogó por la figura del maestro en medio de este gran cambio educativo. Por esto último señaló que “los maestros piden ser reconocidos, escuchados y apreciados en sus labores. El maestro motivado va a permanecer en el sistema, pero hay que proveerles herramientas”.⁸

Ciertamente, queda claro que el sistema de enseñanza pública de nuestro País necesita unas mejoras que van mucho más allá de implementar las Escuelas Públicas Alianza o los vales educativos. Estas iniciativas no van a subsanar el que los

6 Adriana De Jesús Salamán, *La formula de Boys & Girls Club de PR para su escuela charter*, NOTICEL (14 de agosto de 2018), <https://www.noticel.com/ahora/educacion/la-formula-de-boys-girls-club-de-pr-para-su-escuela-charter/781412418>.

7 *Asociación de Maestros v. Departamento de Educación*, 200 DPR 974 (2018) (Rivera García, opinión de conformidad).

8 Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico, *De la teoría a la práctica: escuelas chárteres en Puerto Rico*, FACEBOOK (8 de febrero de 2019), <https://www.facebook.com/revistajuridicaupr/videos/148009692782368/> (en el cual puede acceder a la grabación de la ponencia de la profesora Ana Helvia Quintero).

maestros no reciban el salario que se merecen, o que la calidad de la educación en las escuelas públicas mejore o que haya más recursos para contratar personal de apoyo. El sistema educativo debe ser en sí uno efectivo y auto sostenible. Su éxito no debe depender de que el diez por ciento de escuelas operen como chárter. Aunque las Escuelas Públicas Alianzas representan grandes ventajas, como explicó el profesor Abrams, también generan preocupaciones que no pueden ser ignoradas. Lo cierto es que continúa siendo crucial el incremento de recursos económicos y la creación de un sistema de evaluación que permita saber qué está funcionando y qué no, con el objetivo de forjar una población mejor educada.

EL PANORAMA JURÍDICO ACTUAL DEL ALQUILER A CORTO PLAZO

NOTA

MARGARET M. OCHOA ESPINOSA*

INTRODUCCIÓN

La proliferación de alquileres a corto plazo en condominios, a través de plataformas digitales como Airbnb y HomeAway, presenta el reto de establecer un balance entre la propulsión de una nueva actividad económica y el disfrute de la propiedad. Por un lado, la Compañía de Turismo de Puerto Rico reportó que entre julio de 2017 y junio de 2018 recibió de parte de Airbnb \$2.8 millones *en room tax*.¹ Por otro lado, los efectos negativos principales de los arrendamientos a corto plazo se presentan en el choque entre residentes que no desean que su condominio se torne en un negocio hotelero y residentes que desean ejercer a plenitud su derecho de propiedad. En específico, parte de los residentes ve afectada su seguridad y vida en comunidad al tener que lidiar con personas desconocidas hospedándose en su condominio mientras que otra parte ve afectado su derecho de disponer de su apartamento con el propósito de recibir un ingreso económico alternativo. Para dar una solución a esta disyuntiva el representante Néstor Alonso Vega presentó el Proyecto de la Cámara 1081 para crear la *Ley para fomentar y regular el arrendamiento a corto plazo*,² sin embargo al día de hoy esta medida no se ha aprobado, seguimos sin una regulación efectiva que cree un balance de intereses, y los choques entre residentes en los condominios son más palpables.

Precisamente, en el caso *Consejo de Titulares del Condominio Condesa del Mar v. Chamah Martínez*, el Consejo de Titulares solicitó una sentencia declaratoria en contra del señor Eduardo Chamah por entender que este daba un uso comercial y no exclusivamente residencial a su apartamento. Chamah promocionaba su unidad, a través de la plataforma *HomeAway*, para alquilarla a corto plazo ofreciendo servicios de *concierge*, chef, masaje, entre otros más.³ Ante esta controversia el Tribunal de Primera Instancia resolvió que efectivamente el señor Chamah estaba

* La autora es Redactora Digital de *In Rev* y estudiante de segundo año en la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico.

¹ Ruth N. Tellado Domenech, *Airbnb amplía su huella en Puerto Rico*, EL NUEVO DÍA (1 de octubre de 2018), <https://www.elnuevodia.com/negocios/empresas/nota/airbnbampliasuhuellaenpuertorico-2450295/>.

² P. de la C. 1081 de 11 de mayo de 2017, 1ra. Ses. Ord., 18va Asam. Leg.

³ Consejo de Titulares del Condominio Condesa del Mar v. Chamah Martínez, KLAN201601773, 2017 PR App. WL 5655000 (TA PR 10 de agosto de 2017).

dando un uso comercial a su apartamento, lo cual contravenía la escritura matriz y el reglamento del Condominio.⁴ Posteriormente, el señor Chamah recurrió en apelación de esta sentencia al Tribunal de Apelaciones, el cual revocó a Instancia por entender que el alquiler a corto plazo no varía el uso y destino exclusivamente residencial del Condominio puesto que “[s]i quien alquila, aunque sea por menos de 90 días, utiliza el apartamento para dormir, descansar, preparar sus alimentos y actividades similares[,] está dándole a la propiedad un uso residencial”.⁵ Ante este dictamen el Consejo de Titulares del Condominio Condesa del Mar recurrió al Tribunal Supremo de Puerto Rico pidiendo la revocación de la sentencia.

El pasado 14 de noviembre de 2018 el Tribunal Supremo llevó a cabo una vista oral sobre este caso. La vista versó principalmente en torno al alquiler a corto plazo de la unidad y el efecto que esto tiene en el uso residencial o comercial de dicha unidad. A continuación, se exponen los argumentos principales que se presentaron en la vista.

I. ALQUILER A CORTO PLAZO Y SU EFECTO EN EL USO DE LA UNIDAD

Según señaló en su turno de argumentación el abogado de la parte recurrida, el licenciado José Prats Cruz, la escritura matriz del Condominio Condesa del Mar contiene los siguientes tres estipulados: (1) permite el arrendamiento de los apartamentos; (2) no impone un plazo de tiempo al arrendamiento; y (3) solo limita que el uso de la propiedad sea exclusivamente residencial. Respecto a estos dos últimos señalamientos versó la vista oral en la que se buscaba determinar si el alquiler a corto plazo que ofrece el señor Chamah, a través de *HomeAway*, varía el uso exclusivamente residencial del apartamento y, por lo tanto, lo convierte en comercial.

El abogado de la parte peticionaria, el licenciado y profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico, Michel J. Godreau, señaló que el alquiler a corto plazo que ofrece Chamah en su propiedad genera un tipo de uso comercial que ya está clasificado por la Compañía de Turismo como una hospedería y su propietario es un hostelero. Específicamente, la Ley Núm. 272-2003, conocida como la *Ley del impuesto sobre el canon por ocupación de habitación del Estado Libre Asociado de Puerto Rico*, otorga a la Compañía de Turismo la potestad de estipular y recaudar el canon por ocupación de habitación que debe pagar toda hospedería en Puerto Rico.⁶ La ley dispone que el alojamiento suplementario a corto plazo se define como “cualquier instalación, edificio o parte de un edificio, dado en alquiler por un período de tiempo menor a noventa (90) días, dedicado al alojamiento de personas mediante paga”, lo cual contempla el alojamiento en

⁴ *Id.* en la pág. *1.

⁵ *Id.* en la pág. *4.

⁶ Ley del impuesto sobre el canon por ocupación de habitación del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, Ley Núm. 272 de 9 de septiembre de 2003, 13 LPRR § 2271(24) (2018).

casas y apartamentos.⁷ Puesto que el apartamento de Chamah cae bajo esta definición, tendría que estar registrado como contribuyente con un número de identificación contributiva y además estar sujeto a cobrar un impuesto por ocupación de habitación de 7%, el cual debe remitir mensualmente a la Compañía de Turismo.⁸

Prats Cruz, abogado de la parte recurrida, argumentó que la Ley Núm. 272-2003 es un estatuto contributivo que obliga a toda persona que rente a corto plazo, sin distinción si es para fines residenciales o comerciales, a que cobre y remita un impuesto. Por lo tanto, aunque su cliente está registrado como contribuyente y paga el impuesto de siete por ciento, ello no quiere decir que el uso que da a su unidad es *comercial*. Sin embargo, un panel del Foro Apelativo en el caso *Tosado Collins v. Consejo de Titulares del Condominio Montecielo* confirmó una sentencia del Departamento de Asuntos al Consumidor (DACO) que determinó que los querellantes le daban un uso comercial a su apartamento al alquilarlo a corto plazo a través de la plataforma *Airbnb*.⁹ En ese entonces, el Tribunal Apelativo llegó a esta conclusión al analizar que, conforme a la Ley Núm. 272-2003, los querellantes eran hosteleros que operaban un alojamiento suplementario —considerado una hospedería— y los inquilinos no eran residentes, sino *huéspedes*, por lo cual se contravenía el uso exclusivo residencial estipulado en la escritura matriz y el reglamento de ese condominio.¹⁰

II. USO RESIDENCIAL O COMERCIAL

Por otra parte, la importancia de determinar el uso del apartamento yace en el artículo 2 de la *Ley de condominios* en donde dispone que:

[L]a escritura que establezca el régimen de propiedad horizontal expresará clara y precisamente el destino y uso de toda área comprendida en el inmueble, y, excepto que [esta Ley] autorice lo contrario, una vez fijado dicho destino y uso s[o]llo podrá ser variado mediante el consentimiento unánime de los titulares.¹¹

Por tanto, si efectivamente el señor Chamah da un uso comercial a su propiedad, estaría variando el uso residencial establecido en la escritura matriz y ello contravendría lo estipulado por ley. Sin embargo, según señaló el juez asociado Rafael Martínez Torres, la escritura matriz del Condominio Condesa del Mar *no* define lo que es uso residencial. De hecho, de la sentencia del Tribunal de Apelaciones se desprende que el Consejo de Titulares entendió que “los arrendamientos de menos de 90 días son para fines turísticos y comerciales, no para fines

⁷ *Id.* § 2271(2).

⁸ *Id.* §§ 2271(o)(q).

⁹ *Tosado Collins v. Consejo de Titulares del Condominio Montecielo*, KLRA201600780, 2017 PR App. WL 6941945 (TA PR 30 de noviembre de 2017).

¹⁰ *Id.* en la pág. *10.

¹¹ *Ley de condominios*, Ley Núm. 103 de 5 de abril de 2003, 31 LPR § 1291 (2015).

residenciales”.¹² Por su parte, el licenciado Godreau señaló que, cuando el alquiler es mayor de noventa días, hay cierta estabilidad respecto a la persona que viene a residir al condominio. Por el contrario, no se puede decir lo mismo de quien viene a residir solamente por cinco días. Respecto a eso último, Godreau añadió que los residentes del condominio desconocen quiénes son las personas que se alojan y que estas personas pueden llevar a cabo comportamientos que interrumpen la convivencia de los demás residentes. Por esto, el Licenciado enfatizó que el derecho a la propiedad debe ser entendido en el contexto de un condominio. Puesto que residir en este tipo de propiedad es una experiencia totalmente distinta a lo que es vivir en una urbanización, en la cual los propietarios gozan de una expectativa más alta de intimidad por no tener que compartir pasillos o elevadores con sus vecinos. Este añadió que residir en un condominio cuenta con un ambiente especial y que las personas que compran allí no esperan que se establezcan comercios.

De otro modo, al igual que el Foro Apelativo, el abogado de la parte recurrida interpretó que el uso que se le da a la propiedad es lo que determina si es residencial o no. Por lo que, si las personas que alquilan a corto plazo utilizan el apartamento para llevar a cabo actividades residenciales como dormir y bañarse, el uso es residencial y no comercial. Respecto a este planteamiento, la juez asociada Anabelle Rodríguez Rodríguez, manifestó la preocupación por que este tipo de alquileres tornen inefectiva la parte del reglamento del condominio respecto a las quejas de residentes. A esos efectos, mencionó que, debido a los pocos días que viene un inquilino de este tipo, es casi imposible resolver cualquier queja que surja. Por el contrario, esto sí se puede hacer con un residente permanente. Ante esta preocupación, Prats Cruz señaló que el procedimiento a seguir para regular alquileres a corto plazo a través de *Airbnb* o *HomeAway*, lo puede establecer cada condominio en su reglamento.

III. POSIBLES ENMIENDAS AL REGLAMENTO DEL CONDOMINIO

Durante la vista, los jueces cuestionaron si el reglamento del condominio pudiese definir el uso residencial al imponer una limitación que determine que uso residencial implica alquileres mayores a noventa días, por lo que los alquileres a corto plazo —noventa días o menos— no estarían permitidos. El planteamiento de la parte peticionaria fue que esto sí es posible según estipulado en el artículo 37 de la *Ley de condominios*, pues en este se establece que “[e]l Reglamento podrá contener todas aquellas normas y reglas en torno al uso del inmueble y sus apartamientos, ejercicios de derechos, instalaciones y servicios, gastos, administración y gobierno, seguros, conservación y reparaciones, que no contravengan las disposiciones de esta Ley”.¹³ Godreau enfatizó que la Ley claramente permite que el reglamento especifique el uso estipulado en la escritura matriz.

¹² Consejo de Titulares del Condominio Condesa del Mar v. Chamah Martínez, KLAN201601773, 2017 PR App. WL 5655000, en la pág. *4 (TA PR 10 de agosto de 2017).

¹³ 31 LPRA § 1293(a).

Por otro lado, la parte recurrida señaló que no se puede incluir una prohibición en el reglamento que no esté en la escritura matriz. Prats Cruz explicó que prohibir alquileres a corto plazo en el reglamento tendría el efecto de enmendar indirectamente el uso estipulado en la escritura matriz sin cumplir con el requisito de unanimidad de los titulares requerido por ley. Por lo tanto, tal prohibición sería *ultra vires*. La sentencia del Tribunal de Apelaciones se alinea con esta postura al señalar que “[p]ara prohibir los arrendamientos a corto plazo es necesario enmendar el reglamento y la escritura matriz del Condominio, lo que requiere el consentimiento unánime de los titulares”.¹⁴ Sin embargo, la jueza presidenta Maité Oronoz Rodríguez y la juez asociada Anabelle Rodríguez Rodríguez, coincidieron en que el reglamento no estaría modificando el uso residencial, sino definiendo una categoría dentro de uso residencial, que cumpliría con lo señalado en el artículo 37 de la *Ley de condominios*.

Finalmente, en la vista también se trajo a colación que el Consejo de Titulares estaba en miras de enmendar el reglamento del Condominio para establecer que el uso residencial prohíbe los alquileres menores de noventa días. Por ello, el Tribunal Supremo informó al Consejo que tenía un término de noventa días para notificar si habían aprobado dicha enmienda. De lo contrario, el caso se tornaría académico. Así mismo, los jueces previeron que un futuro caso retando la validez de esta enmienda podría llegar ante su consideración.

IV. PROYECTO DE LA CÁMARA 1081

El Proyecto de la Cámara 1081 para crear la *Ley para fomentar y regular el arrendamiento a corto plazo*, presentado por el representante Néstor Alonso Vega, también presidente de la Comisión de Turismo y Bienestar Social, intenta crear un balance entre la promoción de alquileres a corto plazo y los derechos de los residentes en las comunidades donde estos se ubican.¹⁵

La medida establece que cada condominio “podrá establecer en su reglamento, con la aprobación de [dos terceras] partes de sus titulares, las normas que entienda necesarias y prudentes para la protección del derecho a uso y disfrute de, tanto los hosteleros, como los titulares y residentes”.¹⁶ Por tanto, los reglamentos internos de los condominios podrán contener normas de convivencia dirigidas a los huéspedes, y en caso de que estos no las acaten el titular u hostelero de la unidad puede estar sujeto a pagar multas.¹⁷ Esta podría ser una solución para la preocupación que manifestó la juez asociada Anabelle Rodríguez Rodríguez respecto al tiempo que toma la resolución de las quejas impuestas por residentes cuando los alquileres son a corto plazo, puesto que aún después que los huéspedes se vayan, el titular de la unidad tendría que responder por las faltas. Además, esto

¹⁴ *Chamah Martínez*, 2017 PR App. WL 5655000, en la pág. *4.

¹⁵ P. de la C. 1081 de 11 de mayo de 2017, 1ra. Ses. Ord., 18va Asam. Leg.

¹⁶ *Id.* en la pág. 8

¹⁷ *Id.* en la pág. 7.

puede ser un incentivo para que el hostelero enfatice a los huéspedes la importancia de seguir las normas de convivencia ya que hay una sanción económica. Así mismo, la pieza legislativa también dispone que mientras un apartamento este disponible para alquiler a corto plazo, el hostelero deberá proveer y mantener una fianza de \$2,000 mil dólares, a beneficio del Consejo de Titulares. Con esta fianza se cubrirán los gastos de reparación de cualquier daño que hayan causado los huéspedes a las áreas comunes.¹⁸

El proyecto de ley también propone la creación en cada condominio de un Registro de Unidades para Arrendamiento a Corto Plazo, el cual contendrá información referente al titular de la unidad, las pólizas de seguro y fianzas vigentes, evidencia del registro ante la Compañía de Turismo, y el Certificado de Comerciante.¹⁹ Igualmente, se dispone que no se rentará a corto plazo ninguna unidad que no esté en el Registro y este debe ser remitido anualmente a la Compañía de Turismo en su División de Impuestos a Hosteleros.²⁰ De esta manera se mantiene un control respecto a la cantidad de unidades rentadas a corto plazo en los condominios, lo que puede brindar un ambiente más estable.

La pieza legislativa faculta al Departamento de Asuntos al Consumidor (en adelante, “DACO”) para atender todas las reclamaciones por violaciones a la medida propuesta o a los Reglamentos Internos.²¹ A su vez, requiere al DACO la creación de un reglamento para intervenir en aquellas controversias que surjan a raíz de arrendamientos a corto plazo.²² Por otro lado, requiere a la Compañía de Turismo de Puerto Rico que cree un reglamento para regir los arrendamientos a corto plazo.²³

Por otra parte, la medida también sugiere la creación de un Registro de Arrendamientos en cada condominio, el cual será manejado por el Agente Administrador o la Junta de Directores. El titular de la unidad someterá un formulario, cada vez que alquile la unidad a corto plazo, con la información de las fechas de estadía de los huéspedes, los nombres de las personas adultas que estarán usando la unidad y los servicios o áreas comunes que estarán utilizando según se acordó.²⁴ De esta manera, los residentes de ante mano saben quiénes son las personas que van a estar haciendo uso de la unidad y a las cuales se estarán encontrando en las zonas comunes.

Según la sección 2 de la medida, esta aplicaría a los condominios sometidos a la Ley de Condominios y los cuales no tengan en sus escrituras matrices o reglamentos “prohibición alguna para rentar las unidades por periodos de tiempo

18 *Id.* en la pág. 9

19 *Id.*

20 *Id.* en la pág. 8.

21 *Id.* en la pág. 9

22 *Id.* en la pág. 13.

23 *Id.* en la pág. 14.

24 *Id.*

menores a los 90 días”.²⁵ Debido a que concuerdo con la interpretación que la parte peticionaria del caso antes discutido hizo del artículo 37 de la *Ley de Condominios*,²⁶ considero que los condominios tendrían la opción de determinar en su escritura matriz o en su reglamento que los alquileres menores de 90 días no están permitidos o acoger las disposiciones y remedios que brinda esta legislación.

Aunque coincido con varias de las soluciones que propone la medida y considero que es mejor contar con una regulación que a la larga pueda ser mejorada, en vez de no tener regulación alguna, algunos de los comentarios hechos por la Asociación de Arrendadores de Bienes Inmuebles de Puerto Rico en su informe presentado a la Comisión cameral me causaron preocupación.²⁷ Esta Asociación, que apoya la medida, señaló, respecto al crecimiento del mercado inmobiliario, que hasta ahora los alquileres a corto plazo se han atendido incongruentemente lo que ha desalentado la entrada en el mercado de aquellos con el capital para hacerlo.²⁸ Además añadió que:

Actualmente hay personas que desean adquirir una propiedad para ponerla en alquiler a corto plazo y como hay condominios que lo prohíben en sus reglamentos entonces desisten de comprar en los mismos, haciendo que las propiedades que sí se pueden alquilar a corto plazo aumenten su valor en el mercado.²⁹

En este aspecto es importante observar el otro lado de la moneda y prestar atención a problemas que hoy día están afrontando estados como Nueva York, en donde este tipo de alquiler es criticado por sacar del mercado unidades para residentes a tiempo completo (debido a que es más rentable alquilar a corto plazo en vez de a largo plazo), lo que a su vez repercute en que las unidades que sí están disponibles sean más costosas.³⁰ Es crucial no solo ponderar la visión a corto plazo de la ganancia inmediata, si no también considerar los efectos a largo plazo. Precisamente la Universidad de Puerto Rico en Carolina en su informe sometido a la Comisión, apoyó la creación del proyecto, pero también señaló que les crea preocupación la posible expansión desmedida de arrendamientos a largo plazo.³¹

²⁵ *Id.* en la pág. 4.

²⁶ 31 LPRA § 1293(a).

²⁷ Informe positivo sobre el P. de la C. 1081, Com. de Turismo y Bienestar Social y de Vivienda y Desarrollo Urbano, Cámara de Representantes de Puerto Rico, 25 de junio de 2018, 3ra. Ses. Ord., 18va. Asam. Leg., en la pág. 4.

²⁸ *Id.*

²⁹ *Id.*

³⁰ Luis Ferré-Sadurní, *Airbnb Drives Up Rent Costs in Manhattan and Brooklyn, Report Says*, N.Y. TIMES (3 de mayo de 2018), <https://www.nytimes.com/2018/05/03/nyregion/airbnb-rent-manhattan-brooklyn.html>.

³¹ Informe positivo sobre el P. de la C. 1081, Com. de Turismo y Bienestar Social y de Vivienda y Desarrollo Urbano, Cámara de Representantes de Puerto Rico, 25 de junio de 2018, 3ra. Ses. Ord., 18va. Asam. Leg., en la pág. 5.

CONCLUSIÓN

Ante la realidad económica y social que enfrenta Puerto Rico, es un reto contrapesar los beneficios que brinda el alquiler a corto plazo como otra alternativa de fuente de ingresos con los problemas que ocasiona este tipo de alquiler entre los residentes de condominios. Claramente todo dueño de apartamento se siente en la potestad de ejercer pleno dominio sobre su propiedad y determinar qué hace con la misma. Sin embargo, es pertinente entender que en el régimen de propiedad horizontal convergen los derechos de todos los residentes al disfrute de la propiedad. Independientemente de la decisión que pueda tomar el Tribunal Supremo respecto a si los alquileres a corto plazo varían el uso residencial de la propiedad en los condominios, es necesaria la aprobación de legislación, como el Proyecto de la Cámara 1081, que promueva estabilidad y desarrolle soluciones a las posibles desavenencias. Considero que mientras no se apruebe una legislación reguladora y a esperas de la decisión del Tribunal Supremo, le queda a cada condominio asumir una postura y tomar cartas en el asunto para llegar a un consenso.

EL FIN DE LA UNANIMIDAD Y OTROS APUNTES EN TORNO AL PROYECTO DE LA CÁMARA 1874

NOTA

VERÓNICA S. OTERO RIVERA*

INTRODUCCIÓN

DICEN QUE EL QUE NO CONOCE LA HISTORIA ESTÁ DESTINADO A REPETIRLA. Parece ser que el que no la entiende también comparte ese destino. A principios del presente mes comenzaron las vistas públicas para el Proyecto de la Cámara 1874 (en adelante, “Proyecto”), presentado a finales de octubre del 2018.¹ Esto sucedió a solo pocos meses de aprobar la más reciente enmienda a la *Ley de Condominios*.² El Proyecto pretende abordar sustancialmente las disposiciones más controvertidas en torno a la propiedad horizontal en tiempos recientes. Durante los pasados años, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo ha sido un despliegue de las interpretaciones necesarias a la única ley que rige la horizontalidad en Puerto Rico.³ Derramas y unanimidad,⁴ usucapión de elementos comunes,⁵ y más recientemente, los alquileres a corto plazo,⁶ han sido

* La autora es Redactora Digital de In Rev y estudiante de segundo año del programa nocturno de la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico.

¹ P. de la C. 1874 de 30 de octubre de 2018, 4ta Ses. Ord., 18va Asam. Leg.; Sharon Minelli Pérez, *Ley de Condominios daría luz verde a propiedades Airbnb*, EL NUEVO DÍA (9 de febrero de 2019), <https://www.elnuevodia.com/negocios/economia/nota/leydecondominiosdarialuzverdeapropiedadde-sairbnb-2475088/>.

² Las enmiendas más recientes a la Ley de Condominios, Ley Núm. 104 de 25 de junio de 1958, según enmendada, 31 LPRA § 1291 (2015), fueron bajo la Ley Núm. 111-2018 (*Disponible en <http://www.oslpr.org/2017-2020/leyes/pdf/ley-111-14-jun-2018.pdf>*).

³ Véase, a breve modo ilustrativo, Pérez Riera v. Con. Tit. Cond. Marymar, 197 DPR 197 (2017) (donde el Tribunal establece que el requisito de unanimidad regirá cuando sea necesaria una derrama para realizar mejoras); Batista v. Cond. Condado Terrace, 185 DPR 206 (2012) (donde el Tribunal determinó que, en cuyo caso alguna área común sea disfrutada por un solo apartamento, aunque dicho elemento sea catalogado como común en la escritura matriz, se considerará como privativo); Cons. De Tit. Galerías Ponceñas v. Galerías Ponceñas, Inc., 145 DPR 315 (1998) (donde el Tribunal interpreta las instancias donde puede surgir abuso de derecho en el ejercicio del poder de veto de algunos titulares).

⁴ Véase Pérez Riera v. Con. Tit. Cond. Marymar, 197 DPR 197 (2017).

⁵ Véase Bravman González v. Cons. De Tit. Cond. Palma Real, 183 DPR 827 (2011).

⁶ Véase Consejo de Titulares del Condominio Condesa del Mar v. Chamah Martínez, KLAN201601773, 2017 WL 5655000 (TA PR 10 de agosto de 2017); Margaret M. Ochoa Espinosa, *El panorama jurídico actual del alquiler a corto plazo en Puerto Rico*, 2 IN REV UPR 112 (2019), *disponible en <http://revistajuridica.uprrp.edu/inrev/index.php/2018/12/13/el-panorama-juridico-actual-del-alquiler-a-corto-plazo-en-puerto-rico/>*.

temas considerados por nuestro máximo foro en los pasados años, y que apuntan, junto con los factores sociológicos en nuestra Isla, a la necesidad de una revisión crítica y detallada de la *Ley de Condominios* (en adelante, “Ley”).

La exposición de motivos del Proyecto esboza cuatro factores principales que presionan hacia la derogación de dicha ley: (1) la proliferación de controversias ante el Tribunal Supremo como evidencia de la ineficacia de la Ley en tiempos modernos; (2) el total de dieciséis proyectos presentados por la décimo octava Asamblea Legislativa para enmendar y remediarla como demostrativo de dicha necesidad; (3) los reclamos de revisión total por parte de diferentes sectores relacionados a condominios, y (4) la reflexión sobre las vivencias y necesidades surgidas tras el paso del huracán María.⁷

A pesar de sus motivos, el proyecto propuesto parece ser un despliegue de fórmulas históricamente criticadas y erradas.⁸ La presentación de recetas trilladas responde esta vez a un intento de derogar la Ley en su entereza y establecer otra que disponga consideraciones que, en su núcleo, son inherentemente contrarias a los propósitos de la horizontalidad.

I. ELIMINACIÓN DE LA UNANIMIDAD

El más importante y colorido cambio—aparte de la renuente sustitución total del término *apartamento* por *apartamento*—es la eliminación casi completa de la unanimidad. Casi completa porque solo mantiene un estándar decisional de unanimidad para la eliminación del régimen mismo.⁹ Es decir, para que el Consejo de Titulares de un condominio decida disolver el régimen de horizontalidad, se requerirá una decisión unánime de los titulares.¹⁰ En 1991, se intentó reducir el estándar vigente cuando se propuso en el Proyecto de la Cámara 1182 la reducción al consentimiento de un setenta y cinco por ciento de los titulares donde se

⁷ Exposición de motivos, P. de la C. 1874 de 30 de octubre de 2018, 4ta Ses. Ord., 18va Asam. Leg., en la pág. 2.

⁸ Las propuestas esbozadas en el texto del Proyecto de Ley harán eco en la memoria de conocedores del tema con las siguientes encomiendas legislativas: la Ley Núm. 153 del 11 de agosto de 1995 y el Proyecto de la Cámara 1182 del 1991, ambos criticados fuertemente antes y después de sus respectivos entierros.

⁹ P. de la C. 1874 de 30 de octubre de 2018, 4ta Ses. Ord., 18va Asam. Leg., en la pág. 3.

¹⁰ El Proyecto mantiene similitud casi en su totalidad del artículo 34 de la Ley Núm. 104-1958, según enmendada, cuando dispone en el propuesto artículo 68:

La *totalidad de los propietarios* de un inmueble constituido en propiedad horizontal o el propietario único, *podrán renunciar a este régimen* y solicitar del registrador la reagrupación o refundición de las fincas filiales en la finca matriz, siempre que éstas se encuentren libre de gravámenes, o en su defecto, que las personas a cuyo favor resulten inscritas las mismas presten su conformidad para sustituir la garantía que tengan con la participación que corresponda a aquellos titulares en el inmueble total, dentro del régimen de comunidad de bienes señalados en los Artículos 326 y siguientes del Código Civil.

Id. en la pág. 98 (énfasis suplido).

requiriera el voto unánime.¹¹ En aquella ocasión, y posteriormente en el 1995, conocidos comentaristas y diversos autores dedicaron varias líneas a criticar la derogación de la exigencia de unanimidad y otros cambios propuestos.¹² En ese momento, el propósito principal para la derogación de la exigencia de unanimidad era flexibilizar la modificación de los elementos comunes o lo relacionado a ellos. La principal crítica a los intentos de reducir la inherencia de los titulares individuales sobre las decisiones con respecto a los elementos comunes es que atenta contra el derecho legítimo de cada propietario de ejercer potestad sobre la propiedad compartida.¹³

A. Horizontalidad y la propiedad horizontal

La horizontalidad, según expresó el profesor Eduardo Vázquez Bote, “atribuye a cada titular un derecho que se proyecta sobre la totalidad del inmueble”.¹⁴ Comúnmente, se le atribuye a la horizontalidad, como figura jurídica, la cualidad de ser la convergencia entre los derechos individuales sobre la propiedad privativa y sobre los elementos comunes indivisibles. Ante esto, siempre es preciso señalar que no cabe hablar de dos derechos distintos ni duales porque no existe independencia entre los distintos elementos integrantes del condominio como unidad económica.¹⁵

La propiedad horizontal, es decir, la sometida al régimen de horizontalidad, está caracterizada por “[l]a necesidad —y no meramente la conveniencia— de

¹¹ P. de la C. 1182 de 10 de enero de 1991, 5ta Ses. Ord., 11a Asam. Leg.; Véase también Héctor Rubén Sánchez, *El requisito de la unanimidad en la Ley de Propiedad Horizontal*, 63 REV. JUR. UPR 847 (1993).

¹² Véase Ley Núm. 153 de 11 de agosto de 1995, 31 LPRA §§ 129ii-1294d (1993 & Supl. 1996); Michel J. Godreau, *La privatización de los elementos comunes en los condominios: Reflexiones en torno a posibles enmiendas a la Ley de Propiedad Horizontal*, 66 REV. JUR. UPR 149 (1996); Eduardo Vázquez Bote, *En honor de don José Trías Monge: Una “perspicaz” reforma del régimen de horizontalidad y una jurisprudencia que, felizmente, rectifica*, 65 REV. JUR. UPR 639 (1996); Sánchez, *supra* nota 11.

¹³ El distinguido profesor Eduardo Vázquez Bote señaló que la pretendida reforma para reducir la unanimidad a un setenta y cinco por ciento de participación para decidir sobre los elementos comunes, significaba esencialmente la fusilación del artículo 333 del Código Civil:

[E]l texto reformador, básicamente, lo que dispone es privar a los cotitulares de su tradicional dominio sobre las cuotas en los elementos comunes, “fusilando” el artículo 333 del Código [C]ivil (“Todo condueño tendrá la plena propiedad de su parte . . .”), se recurre al elegante método de reducir la unanimidad de los copropietarios al democrático 75 por ciento para concretos actos dispositivos (los que interesaban a los autores).

Eduardo Vázquez Bote, *En honor de don José Trías Monge: Una “perspicaz” reforma del régimen de horizontalidad y una jurisprudencia que, felizmente, rectifica*, 65 REV. JUR. UPR 639, 647-48 (1996). Véase COD. CIV. PR art. 333, 31 LPRA § 1278 (2015).

¹⁴ Sánchez, *supra* nota 11, en la pág. 849 (1993) (citando a Eduardo Vázquez Bote, *La propiedad horizontal en el Derecho puertorriqueño*, 609 REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO 345, 405 (1992)).

¹⁵ MICHEL J. GODREAU ROBLES, EL CONDOMINIO: EL RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL EN PUERTO RICO 16 (1992).

compartir las áreas comunes . . .” para su aprovechamiento económico.¹⁶ El ejercicio del dominio sobre los elementos comunes como característico de la horizontalidad surge como una necesidad resultante de la indivisión física de los mismos. En otras palabras, por la indivisión de la estructura, los propietarios necesariamente merecen ejercer su dominio sobre lo que constituye un elemento común con los demás propietarios, porque el disfrute de tales elementos es indispensable para el disfrute de su propiedad privada o su apartamento. Más que encontrarse en una relación accesoria con el apartamento como propiedad privada, los elementos comunes son parte integral del condominio, inseparables de los apartamentos, y sobre los cuales los titulares tendrán derecho como legítimos propietarios.¹⁷ Comprendida la propiedad horizontal de esta manera, comenzamos a entender la reiterada confusión por parte de nuestros legisladores en torno a la figura de los elementos comunes y la necesidad de someter a la unanimidad aquellas decisiones para la modificación y trastoque de estos.

La insistente propuesta legislativa de reducir las instancias en las que será requerida la unanimidad para la toma de decisiones sobre elementos comunes refleja el entendido generalizado en cuanto a: (1) la relación entre los elementos comunes y la propiedad privada, y (2) la incidencia de las decisiones tomadas con relación a dichos elementos sobre el buen funcionamiento del condominio. No sería correcto afirmar que los elementos comunes existen independientemente de los apartamentos como propiedad privada, y que, a consecuencia, la titularidad conferida sobre el apartamento es separada de la que se ejerce sobre los elementos comunes. La titularidad sobre los elementos comunes, a diferencia de la titularidad sobre los apartamentos, consiste en el ejercicio compartido entre todos los titulares del condominio.¹⁸ Ciertamente, al ser compartida, exige unos cánones de sana convivencia y de respeto, necesarios para viabilizar el disfrute de los apartamentos. Sin embargo, la titularidad compartida sobre los elementos comunes consiste en un derecho propietario legítimo, del mismo carácter jurídico ejercido sobre los apartamentos, por lo que cualquier violencia sobre su ejercicio dominical merece las mismas protecciones dispuestas en nuestro ordenamiento. En el Proyecto de la Cámara 1874, la Asamblea Legislativa propone, en su exposición de motivos:

Dentro de los cambios recogidos en esta nueva ley se elimina el requisito de unanimidad para toda obra. Se establece que se requiere el *consentimiento de dos terceras partes (2/3) de todos los titulares que a su vez reúnan dos terceras partes (2/3) de las participaciones en las áreas comunes* para las diferentes obras y

¹⁶ *Id.* en la pág. 14.

¹⁷ Véase Eduardo Vázquez Bote, *Prehorizontalidad y horizontalidad frente a la dinámica del derecho: exigencias de una normativa jurídica*, 14 REV. JUR. UIPR 677 (1980).

¹⁸ Godreau, *supra* nota 12, en la pág. 165; GODREAU ROBLES, *supra* nota 15, en la pág. 14.

determinaciones del Consejo de Titulares. Solo se mantiene el requisito de unanimidad para disolver el régimen de propiedad horizontal.¹⁹

Específicamente, el Proyecto propone un estándar consistente en el consentimiento de dos terceras partes de todos los titulares que a su vez consistan en dos terceras partes de las participaciones de áreas comunes para modificar o tomar decisiones en cuanto a: (1) cambios en el uso y destino de las áreas comprendidas en la escritura matriz;²⁰ (2) cambios en la clasificación de los elementos comunes generales a necesarios;²¹ (3) la verificación de hipotecas sobre elementos comunes;²² (4) el permiso de cierres o techados de patio, terrazas, construcción de nuevos pisos sobre el techo o bajo terreno, siempre que no estén en la escritura matriz;²³ (5) la alteración de la fachada de la estructura,²⁴ y (6) la aprobación de mejoras que requieran derramas.²⁵ Aunque todas estas propuestas merecen particular análisis, esta última, a mi juicio, sirve para ilustrar con máxima claridad el terrible efecto que dicho estándar genera, al aplicarse de manera automática y en combinación con las disposiciones adicionales de la medida, sobre el ejercicio dominical de la propiedad horizontal.

B. La imposición de derramas

En *Pérez Riera v. Consejo de Titulares del Condominio Marymar*,²⁶ el Tribunal Supremo resolvió que, aunque la *Ley de Condominios* no lo dispusiera expresamente, en casos donde se pretenda aprobar la imposición de una derrama para el financiamiento de una mejora en las áreas comunes, esta decisión tendrá necesariamente que contar con el voto unánime de todos los titulares.²⁷ En este caso,

¹⁹ Exposición de motivos, P. de la C. 1874, de 30 de octubre de 2018, 4ta Ses. Ord., 18va Asam. Leg., en la pág. 3 (énfasis suplido).

²⁰ P. de la C. 1874, de 30 de octubre de 2018, 4ta Ses. Ord., 18va Asam. Leg., en la pág. 9 (en específico, el artículo 4).

²¹ *Id.* en la pág. 19 (en específico, el artículo 17).

²² *Id.* en la pág. 12 (en específico, el artículo 10).

²³ *Id.* en la pág. 21 (en específico, el artículo 17(b)(1)).

²⁴ *Id.* en la pág. 46 (en específico, el artículo 35(b)(5)).

²⁵ *Id.* en la pág. 63 (en específico, el artículo 44(d)(3)).

²⁶ *Pérez Riera v. Con. Tit. Cond. Marymar*, 197 DPR 197 (2017).

²⁷ Esta interpretación fue consistente tanto con los cambios legislativos más recientes en aquel momento, como con el propósito y naturaleza de la horizontalidad. En 1995 entró en vigor la Ley Núm. 153-1995 y enmendó sustancialmente la *Ley de Propiedad Horizontal* para flexibilizar la toma de decisiones donde se requería el voto unánime de los titulares. Ley 153-1995, Ley Núm. 153 de 11 de agosto de 1995, 31 LPRA §§ 1291i-1294d (1993 & Supl. 1996). Entre las decisiones modificadas, se encontraban las relacionadas a las mejoras del condominio. Dicha ley redujo el requerimiento de unanimidad al consentimiento de un setenta y cinco por ciento de los titulares para aprobar proyectos de mejora. Posteriormente, en el 2003, se incorporó el lenguaje de la actual *Ley de Condominios*, donde sería requerido el consentimiento de dos terceras partes de los titulares que a su vez reúnan las dos terceras partes de las participaciones de las áreas comunes, *siempre que hubieren suficientes fondos para costear*

citado en la exposición de motivos del Proyecto de la Cámara 1874,²⁸ el Máximo Foro dispuso, en cuanto a su interpretación de mantener la unanimidad cuando las mejoras al condominio requieran imponer derramas, que:

[E]l historial legislativo . . . demuestra indubitadamente que el legislador pretendió hacer un balance entre . . . el interés de fomentar la realización de mejoras dirigidas a aumentar el valor y la productividad del condominio y, por otro, la protección de los titulares frente a gastos a los que no consintieron.²⁹

Acertadamente expresado por el Tribunal, la imposición de una derrama es un gasto oneroso sobre aquel titular que haya disentido de su imposición.³⁰ Además de las instancias en las que un titular simplemente disgusta de la mejora propuesta, la mayoría de las ocasiones el desacuerdo responde a la carga monetaria que esta significaría, en adición a los gastos de mantenimiento. Por esta línea, apunta el Tribunal:

[L]a imposición de una derrama puede representar una carga onerosa para los titulares. . . . [E]l incumplimiento de su pago podría acarrear la suspensión de los servicios de agua y luz o forzar la venta del apartamento. Lo anterior sería irrazonable teniendo en cuenta que . . . los fines y la naturaleza de las obras de mejora son muy distintos a los de las obras extraordinarias y las urgentes.³¹

En su *ratio decidendi*, la opinión del Tribunal en *Pérez Riera* incorporó el peso de una derrama para los titulares, y las justificaciones de una oposición a la misma, como motivo para preservar el estándar de unanimidad en casos donde se requieran derramas para mejoras. Contraviniendo lo que dispuso *Pérez Riera*, la medida propuesta establece: “[l]as obras de mejora s[o]lo podrán realizarse, *inclusive aquellas que requieran imponer una derrama*, mediante la aprobación de dos terceras (2/3) partes de los titulares que a su vez reúnan las dos terceras (2/3) partes de las participaciones de las áreas comunes”.³² Lo que implica dicho artículo es la anulación de lo determinado en *Pérez Riera* y de la imposición por la vía legislativa de una medida cargada de indiferencia, por no decir total incompreensión de los propósitos de la Ley.

las mejoras sin imponer derramas. Véase Pérez Riera v. Con. Tit. Cond. Marymar, 197 DPR 197, 208-10 (2017). La interpretación del Tribunal en Pérez Riera responde a que, al devolver la ley a su estado original luego de las enmiendas del 1995 y 1996, e incorporando las enmiendas del 2003, regía la unanimidad en cuyos casos los fondos de reserva no fueren suficientes para costear la obra, es decir, donde se requiera la imposición de una derrama.

²⁸ Exposición de motivos, P. de la C. 1874 de 30 de octubre de 2018, 4ta Ses. Ord., 18va Asam. Leg., en la pág. 2.

²⁹ *Pérez Riera*, 197 DPR en la pág. 211.

³⁰ *Id.* en la pág. 212.

³¹ *Id.*

³² P. de la C. 1874 de 30 de octubre de 2018, 4ta Ses. Ord., 18va Asam. Leg., en la pág. 63 (énfasis suplido).

De aprobarse dicho Proyecto según redactado, en un potencial caso como el de *Pérez Riera*, en el cual algún titular se oponga por razones justificadas y no caprichosas, la imposición de una derrama contra su voluntad sería válida. El propuesto artículo 44(e) dispone que, en tales casos, de entender el titular que las razones para su oposición son justificadas y ameritan reconsideración, este tendría que presentar ante el Consejo de Titulares las razones de peso para su oposición, demostrar que dicha oposición no es caprichosa o desmedida, y que responde a unos intereses propietarios legítimos, para entonces esperar ser dado por no caprichoso ante la mayoría del Consejo: “La oposición de un titular a la realización de una mejora deberá ser fundamentada y no por mero capricho de [e]ste. *La declaración de una posición caprichosa deberá ser aprobada por mayoría del Consejo de Titulares*”.³³

En el peor de los casos, la oposición de una sola persona, ante el estándar de dos terceras partes establecido por este proyecto, no será obstáculo para la toma de decisiones en cuanto a mejoras que requieran derramas. En cuyos casos haya suficientes titulares en oposición a la realización de la mejora y la imposición de la derrama, el Consejo de Titulares se postulará como la entidad facultada para adjudicar la naturaleza de las oposiciones de los que lo componen.³⁴ Para esta adjudicación, la medida legislativa no ofrece guías mínimas sobre qué es caprichoso y qué no. Nos resta esperar que los Consejos de Titulares usen su sano juicio y rindan atención a lo esbozado en la jurisprudencia para hacer estas determinaciones.³⁵ Si no, que la suerte se reparta.

El Proyecto propuesto mantiene las disposiciones de la Ley vigente en cuanto al perjuicio del derecho al voto cuando exista morosidad en pago de cuotas.³⁶ Ahora, consistente con la viabilización de derramas a oposición de los titulares, su artículo 46 dispone: “La representación en las asambleas del Consejo de Titulares . . . la podrán ejercer solamente personas . . . que, a su vez, sean titulares *que no adeuden dos (2) o más cuotas de mantenimiento, y/o derramas y/o multas vencidas por más de sesenta (60) días . . .*”.³⁷ Sabido es que la asamblea de titulares no redundante en una democracia y el empleo de la participación en asamblea de titulares no equivale a la participación ciudadana que cada uno ejerce en los procesos

33 *Id.* en la pág. 64 (en específico, el artículo 44(e)) (énfasis suplido).

34 *Id.* en los artículos 44(e) y 47(c).

35 Véase Cons. De Tit. *Galerías Ponceñas v. Galerías Ponceñas, Inc.*, 145 DPR 315 (1998).

36 El artículo 39 de la *Ley de Condominios* vigente:

Aquellos titulares que adeuden tres (3) o más plazos consecutivos de cuotas . . . quedarán temporalmente privados de ejercer su derecho al voto en las reuniones del Consejo de Titulares, incluidos aquellos asuntos que requieran el consentimiento unánime; ni se contará su voto o su porcentaje de participación para propósitos de quórum cuando este capítulo requiera tal consentimiento

Ley 157-1976, Ley Núm. 157 de 4 de junio de 1976, según enmendada, 31 LPRA § 1293(c) (2015).

37 P. de la C. 1874 de 30 de octubre de 2018, 4ta Ses. Ord., 18va Asam. Leg., en la pág. 68 (énfasis suplido).

democráticos. No obstante, los rasgos de democracia que caracterizan los procesos regulados por la *Ley de Condominios* “no debe[n] malinterpretarse en el sentido de que permit[an] invasiones a la propiedad individual, cuya protección y viabilización es meta del Régimen”.³⁸ La participación por parte de los titulares nunca ha sido absoluta y depende, a su vez, de que cada titular responda por acciones que afectan la capacidad de disfrute de la propiedad compartida por otros titulares. Diferente a esto es la incorporación de medidas que, en combinación y como efecto dominó, avasalladoramente impidan la finalidad misma del régimen: habilitar el disfrute de la propiedad privada e individual.³⁹

II. APUNTES Y CONSIDERACIONES ADICIONALES

A. *Imposiciones adicionales en torno a la participación en asamblea*

La medida presenta, en ciertos artículos, imposiciones adicionales a considerar en torno a la participación de los titulares en asamblea. Una de estas, a modo de señalamiento, es la imposición del requisito de certificar *por escrito* la representación de un titular en casos de apartamentos con titulares proindiviso.⁴⁰ La *Ley de Condominios* vigente establece que, en cuyo caso exista algún apartamento que pertenezca proindiviso a diferentes titulares, estos deberán nombrar un representante para ejercer voto en la asamblea a nombre de la comunidad.⁴¹ El texto propuesto dispone que, en dicho caso, se mantendrá el requisito de nombramiento de un representante, pero que “[e]n ausencia de la designación *por escrito* del representante de los propietarios no podrá registrarse el voto de ese apartamento en las decisiones del Consejo de Titulares”.⁴² ¿Cómo puede afectar esta propuesta la participación de los titulares durante la toma de decisiones en asamblea?

Pensemos en apartamentos heredados, donde los distintos propietarios están esparcidos en diferentes estados o países, como comúnmente ocurre con familias grandes. Pensemos, además, en familias donde la división de herencia ha dado paso a serios conflictos familiares, provocando la infructuosa comunicación entre los titulares. ¿Cómo, *por escrito*, logramos constatar un representante? Al menos, el texto propuesto no requiere firmas de todos los titulares... complicada encomienda. En dichos casos, lo comprometido no es un beneficio marginal de la titularidad sobre el apartamento, sino la potestad misma de ejercer dominio sobre, tanto la propiedad compartida, como sobre las decisiones que potencialmente podrían incidir sobre el disfrute de su propiedad privada.

³⁸ GODREAU ROBLES, *supra* nota 15, en la pág. 19.

³⁹ *Id.*

⁴⁰ P. de la C. 1874 de 30 de octubre de 2018, 4ta Ses. Ord., 18va Asam. Leg., en la pág. 68.

⁴¹ Ley de Condominios, Ley Núm. 104 de 25 de junio de 1958, según enmendada, 31 LPRA § 1291 (2015).

⁴² *Id.* en las págs. 69-70 (énfasis suplido).

B. Arrendamiento a corto plazo

Aunque corto en su ejecución, el Proyecto presentado intenta abordar el arrendamiento a corto plazo, una de las controversias más discutidas en estos pasados meses.⁴³ La medida define los arrendamientos a corto plazo como cualquier arrendamiento otorgado por un término menor de noventa días consecutivos.⁴⁴ Particularmente, establece:

*[N]o se podrá prohibir el arrendamiento de los apartamentos a corto plazo. El Consejo de Titulares podrá regular la forma en que se llevarán a cabo los mismos y podrá imponer una cuota mensual especial, la cual no podrá ser mayor a la cuota de mantenimiento, a los titulares que arrienden su apartamento a corto plazo. Cualquier prohibición en una escritura matriz, o reglamento del arrendamiento a corto plazo, se tendrá por no puesta.*⁴⁵

Esta propuesta poco aclara, atiende o resuelve las controversias entre el régimen de propiedad horizontal y el mercado emergente de arrendamientos y hostelerías de corta duración. Por lo pronto, solo aplica parchos sin resolver controversias de derecho en su sustancia.

En adición a esta prohibición, y como intento de regulación para afrontar este emergente mercado, la Asamblea Legislativa propone la imposición de cuotas especiales para aquellos titulares que sometan su propiedad a este tipo de arrendamiento. Ninguna de estas cortas disposiciones dedicadas al arrendamiento a corto plazo denota un esfuerzo concienzudo de atender la controversia en cuanto al entendimiento de las capacidades y límites de la propiedad privada bajo el régimen de horizontalidad. Nuestro Tribunal Supremo, habiéndose expresado hace más de treinta años acerca de las expectativas de intimidad tanto en áreas comunes como en el disfrute de un apartamento, expresó en *Pueblo v. Pérez Pérez* que “los condueños tienen derecho a confiar que no pululen por las zonas protegidas invasores e intrusos”.⁴⁶ ¿Cómo afianzar esta preocupación genuina de los titulares en cuanto a la pululación de personas intrusas, foráneas al tráfico usual de los titulares del condominio, con el derecho individual de cada titular de permitirle entrada y uso a quien dicho titular disponga? Poco resuelve este Proyecto de Ley en cuanto a esto y, en su lugar, redundante en prohibiciones absolutistas sin atender los matices de una controversia concreta.

CONCLUSIÓN

⁴³ Para comentarios adicionales sobre el estado de derecho actual en cuanto a los arrendamientos a corto plazo en los condominios, véase Ochoa Espinosa, *supra* nota 6.

⁴⁴ P. de la C. 1874 de 30 de octubre de 2018, 4ta Ses. Ord., 18va Asam. Leg., en la pág. 7 (en específico, el art. 3(e)).

⁴⁵ *Id.* en la pág. 49 (en específico, el art. 36) (énfasis suplido).

⁴⁶ *Pueblo v. Pérez Pérez*, 115 DPR 827, 830 (1984).

El concepto nuclear del régimen de propiedad horizontal es el disfrute de la propiedad privada.⁴⁷ La medida expuesta, con iniciativas de derogación y de *aclaración* de las principales controversias y problemas resultantes de la actual *Ley de Condominios*, carece de ser una propuesta jurídicamente profunda que verdaderamente atienda frontalmente los asuntos más discutidos en la jurisprudencia y la legislación. Intenta, de nuevo, promover el régimen mientras atenta contra el mismo. Descansa principalmente en proponer la eliminación de la unanimidad al ciegamente equiparar el rigor de dicho estándar con las polémicas surgidas en los pasados años. Las consecuencias de imponer cualquier otro estándar que no sea la unanimidad para, por ejemplo, la imposición de una costosa derrama, sería patentemente incidir sobre el derecho propietario de todo titular.

Lejos de ser un trabajo jurídico de similar envergadura al texto original de la *Ley de Propiedad Horizontal*, este Proyecto no es un esfuerzo concienzudo de atender el fenómeno de la horizontalidad en Puerto Rico. Sin más, solo le presta demasiado servicio a la imaginación de cualquier lector crítico a que sospeche que existen abrumadores intereses particulares—más allá de lo jurídico y lo social—presionando por su posible aprobación.

47 GODREAU ROBLES, *supra* nota 15, en las págs. 15-16, 19.

TRATO CONTRIBUTIVO SOBRE LOS CONSEJOS DE TITULARES: PROPUESTA DEL PROYECTO DE LA CÁMARA 1874

NOTA

VERÓNICA S. OTERO RIVERA*

INTRODUCCIÓN

EL PROYECTO DE LA CÁMARA 1874, PRESENTADO EN OCTUBRE DEL AÑO pasado, propuso una multiplicidad de nuevas disposiciones para la única ley reguladora de la propiedad horizontal, la *Ley de condominios* (Ley Núm. 104-1958, según enmendada).¹ Con aires de derogación, el Proyecto propone eliminar casi totalmente el requisito de unanimidad para toda decisión a tomarse mediante asamblea, habilitar la imposición de derramas, nulificar toda prohibición de alquileres a corto plazo, entre otras medidas que responden principalmente a los reclamos de distintos sectores y a la necesidad generalizada de proponer una revisión total a la *Ley de condominios*.² La Medida intenta presentar soluciones a problemas, conocidos y recientes, en torno a la vivencia en condominios. Por ejemplo, una de las materias que aborda este proyecto es la discutida controversia en torno a los alquileres a corto plazo y su prohibición.³ Entre los cambios propuestos se encuentran la otorgación de una exención contributiva total a los consejos de titulares. El Proyecto formula en su artículo 44 que:

El Consejo de Titulares de un condominio, ya sea residencial, comercial, o una combinación de ambos, los ingresos de todas sus actividades u operaciones y todos sus activos, estarán exentos de toda clase de tributación sobre ingresos, propiedad, arbitrio, patente, o cualquiera otra contribución impuesta o, que más

* La autora es Redactora Digital de *In Rev* y estudiante de segundo año del programa nocturno de la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico.

¹ Ley de condominios, Ley Núm. 104 de 25 de junio de 1958, 31 LPRÁ § 1291 (2018).

² Exposición de motivos, P. de la C. 1874 de 30 de octubre de 2018, 4ta Ses. Ord., 18va Asam. Leg.

³ El Proyecto propone nulificar toda prohibición a alquilar a corto plazo en los condominios, tanto aquellas prohibiciones en el reglamento como en la escritura matriz. *Id.* en la pág. 7 (en específico, el art. 3(e)). Para investigación sobre este tema, véase *Consejo de Titulares del Condominio Condesa del Mar v. Chamah Martínez*, KLAN201601773, 2017 PR App. WL 5655000 (TA PR 10 de agosto de 2017); Verónica S. Otero Rivera, *El fin de la unanimidad y otros apuntes en torno al Proyecto de la Cámara 1874*, 2 IN REV UPR 120 (2019), <http://revistajuridica.uprrp.edu/inrev/index.php/2019/02/27/el-fin-de-la-unanimidad-y-otros-apuntes-en-torno-al-proyecto-de-la-camara-1874/>.

adelante se impusiere por el Gobierno de Puerto Rico o cualquier subdivisión política de [e]ste.⁴

Desde su aprobación, el historial legislativo de la *Ley de condominios* nunca ha dispuesto referentes particulares al trato contributivo de los consejos de titulares ante el Departamento de Hacienda (en adelante, “Hacienda”). Ese silencio ha abonado al desconcierto en cuanto a cómo deben los consejos de titulares contribuir sobre los ingresos que generan durante la administración de los condominios. Aunque la *Ley de condominios* esboza el carácter y personalidad jurídica investida sobre los consejos —con sus respectivas limitaciones—, la práctica contributiva de estos no necesariamente se ha ajustado a dicha prescripción. El Proyecto propuesto busca atender esta controversia, pero previo a su aprobación, nos parece meritorio conocer el trasfondo de dicha confusión tributaria, y la relación de las limitaciones a la naturaleza jurídica de los consejos con las soluciones propuestas a este dilema.

I. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONSEJO DE TITULARES

La personalidad jurídica en nuestro ordenamiento responde a un “cúmulo de prerrogativas y deberes” otorgados a una entidad particular para viabilizar el logro de cuales sean sus objetivos y, además, a la conveniencia contenida en separar e independizar la entidad misma de los individuos o personas que la integran.⁵ El propósito de atribuir una personalidad jurídica a entidades particulares es, principalmente, distinguir la responsabilidad del colectivo, de la de las personas que lo integran.⁶ La responsabilidad patrimonial, por su importancia en nuestro ordenamiento, es el propulsor más significativo para distinguir entre el colectivo y sus integrantes.

En términos generales, la concesión de personalidad jurídica por parte del Estado queda justificada cuando: (1) la entidad tiene una finalidad distinta a la de sus integrantes; (2) los criterios de la entidad son distintos a los de sus integrantes a la hora de tomar decisiones, y (3) puede “identificarse un patrimonio . . . propio de la colectividad, *desvinculado del de los particulares*”.⁷ En el caso de los consejos de titulares, la concesión de la personalidad jurídica está plasmada en la *Ley de condominios* y, como limitación, queda prohibida de organizarse como una corporación o sociedad.⁸

⁴ P. de la C. 1874 de 30 de octubre de 2018, 4ta Ses. Ord., 18va Asam. Leg., en la pág. 56 (en específico, el art. 44) (énfasis suplido).

⁵ MICHEL J. GODREAU, EL CONDOMINIO: EL RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL EN PUERTO RICO 31-32 (1992).

⁶ *Id.*

⁷ *Id.* en las págs. 33-34 (énfasis suplido).

⁸ Ley de condominios, Ley Núm. 104 de 25 de junio de 1958, 31 LPR § 1293(b) (2018).

II. TRATO CONTRIBUTIVO A LOS CONSEJOS DE TITULARES

La limitación por ley de organizarse como corporación o sociedad formula ciertas interrogantes en cuanto al trato contributivo que le brindará Hacienda a los ingresos devengados por los consejos de titulares. El Proyecto propuesto mantiene dicha limitación.⁹ Al tener personalidad jurídica propia, mas no poder ser una corporación ni sociedad, el consejo de titulares, como contribuyente, puede ser tratado de diversas y confusas maneras.

A pesar de estar limitada en su incorporación, la figura del consejo de titulares se acerca más, en su ejecución, a lo que funcionalmente suele ser una corporación sin fines de lucro o una cooperativa.¹⁰ Por la *Ley de condominios* no establecer su trato contributivo, en la práctica, la mayoría de los consejos de titulares se someten al proceso de certificación como organizaciones sin fines de lucro ante Hacienda para poder tributar y recibir los beneficios contributivos de dicha clasificación. Tal es el panorama que, al 31 de enero de 2019, sobre 750 solicitudes fueron radicadas ante dicho Departamento a nombre de asociaciones o juntas de condóminos o titulares, para ser considerados como organizaciones sin fines de lucro y gozar de su exención contributiva.¹¹

Las organizaciones sin fines de lucro son reguladas principalmente por la *Ley general de corporaciones* (en adelante, “LGC”)¹² y el *Código de Rentas Internas para un nuevo Puerto Rico* (en adelante, “CRI”).¹³ Específicamente, es en el certificado de incorporación que exige la LGC —para darle vida y personalidad jurídica a las corporaciones— que la organización puede disponer sus ánimos de lucro.¹⁴ Es a través del certificado de incorporación, debidamente presentado ante el Departamento de Estado, que la corporación sin fines de lucro puede solicitar las

⁹ P. de la C. 1874 de 30 de octubre de 2018, 4ta Ses. Ord., 18va Asam. Leg., en la pág. 55; Véase además 31 LPRA § 1293(b).

¹⁰ GODREAU, *supra* nota 5, en la pág. 39.

¹¹ Véase Departamento de Hacienda, División de Incentivos Contributivos, *Exenciones otorgadas a organizaciones sin fines de lucro*, DEPARTAMENTO DE HACIENDA DEL GOBIERNO DE PUERTO RICO (31 de enero de 2019), http://www.hacienda.gobierno.pr/sites/default/files/lista_de_entidades_sin_fines_de_lucro_al_31_de_enero_de_2019.pdf.

¹² Ley general de corporaciones, Ley Núm. 164 de 16 de diciembre de 2009, 14 LPRA §§ 3501-4084 (2018).

¹³ CÓD. RENT. INT. PR §§ 1000.01-6110.04, 13 LPRA §§ 30001-33423 (2018).

¹⁴ En su artículo 1.02(A)(3), la LGC dispone que en el certificado de incorporación se hará constar “[l]a naturaleza de los negocios o propósitos de la corporación y si la corporación se organizará con o sin fines de lucro”. 14 LPRA § 3502 (énfasis suplido). Véase también los comentarios del profesor Carlos E. Díaz Olivo en cuanto a dicha cláusula: “Como la Ley de 2009 es una ley general que aplica tanto a las corporaciones organizadas con fines de lucro como a las sin fines de lucro, también es necesario especificar en el certificado de incorporación la naturaleza de la corporación dentro de una de estas dos posibilidades”. CARLOS E. DÍAZ OLIVO, *CORPORACIONES: TRATADO SOBRE DERECHO CORPORATIVO* 86 (2016).

exenciones contributivas aplicables ante Hacienda.¹⁵ En otras palabras, para ser considerado como una organización sin fines de lucro para efectos contributivos, los consejos de titulares deben estar incorporados conforme a las disposiciones de la LGC.¹⁶ En cuanto a la clasificación de consejos de titulares bajo el CRI, su sección 1101.01(a)(5) dispone que las asociaciones de propietarios serán consideradas como entidades sin fines de lucro, libres de tributación.¹⁷ Es decir que, por vía del CRI, los consejos de titulares pueden disfrutar de exención tributaria al estar incorporados bajo la sección de entidades sin fines de lucro.

Pero, ¿cómo afianzar la limitación de incorporación con las diversas disposiciones en nuestro ordenamiento en cuanto al trato contributivo de los consejos de titulares como personas jurídicas? Algunos intentos de responder esta interrogante han sido las propuestas legislativas presentadas en los pasados años y ciertas medidas emitidas por la Asamblea Legislativa y Hacienda para remediar dicha complicación contributiva. En el 2015, la Asamblea Legislativa aprobó el establecimiento de un programa de regularización de las exenciones otorgadas a los consejos de titulares como organizaciones sin fines de lucro.¹⁸ Para atender los procesos de solicitud de exención por parte de los consejos, dicha Ley ordenaba a Hacienda a establecer un reglamento para la regulación de un programa temporero en cuanto a las exenciones otorgadas a consejos de titulares. En conformidad, Hacienda publicó la Carta Circular de Política Contributiva Núm. 16-02 para implementar un reglamento sobre el proceso y elegibilidad de las entidades de titulares para someter solicitud y certificarse como organización sin fines de lucro.¹⁹ Bajo este panorama, en el 2016 el representante cameral Javier Aponte Dalmau propuso, en un proyecto de ley, la creación de un programa en el Departamento de Asuntos del Consumidor (en adelante, “DACO”) para que dicha agencia se encargara de regular la actividad de los consejos de titulares y se eliminara la autorización a Hacienda de obligar a los consejos a tributar como corporaciones al no ser individuos.²⁰ Dicho proyecto solo fue presentado para lectura ante el caucus, pero nunca pasó a votación.²¹ Además, en junio de 2018, se aprobó la Ley Núm. 138 para

¹⁵ Inclusive, puede no hacerlo y ser tributada sin recibir los beneficios contributivos. Véase Paola Zaragoza Cardenales, *Organizaciones sin fines de lucro: Análisis comparativo del tratamiento fiscal y el control del Estado a nivel federal y estatal*, 86 REV. JUR. UPR 168, 169-70 (2017).

¹⁶ Véase 14 LPRA §§ 3502-3503.

¹⁷ 13 LPRA § 30471.

¹⁸ *Id.*

¹⁹ Departamento de Hacienda, *Carta Circular de Política Contributiva Núm. 16-02* (8 de abril de 2016), http://hacienda.pr.gov/sites/default/files/publicaciones/2016/04/cc_pc_16-02_-_programa_de_regularizacion_de_exencion.pdf.

²⁰ P. de la C. 2903 de 9 de mayo de 2016, 7ma Ses. Ord., 17ma Asam. Leg.

²¹ En su exposición de motivos para el P. de la C. 2903, el representante Aponte Dalmau expresa: “Estas formas de organizar la comunidad se caracterizan por la existencia de un Consejo de Titulares. Hacienda ha cometido el error de obligar dichos consejos de titulares a organizarse y a reportar anualmente como si fueran una corporación sin fines de lucro, cuando esto es contrario a la Ley de Condominios, la cual expresamente les prohíbe que sean corporaciones”. Exposición de motivos, P. de la C. 2903 de 9 de mayo de 2016, 7ma Ses. Ord., 17ma Asam. Leg., en la pág. 2.

enmendar el CRI y aclarar que la exención contributiva sobre entidades sin fines de lucro también es aplicable para condominios mixtos.²²

Estas propuestas legislativas y administrativas surgieron para afrontar lo que parece ser una carencia de regulación en cuanto a cómo tratar a los consejos de titulares a la hora de tributar sus ingresos. Ciertamente, la *Ley de condominios* vigente no arroja luz sobre la naturaleza contributiva de los consejos de titulares y solo provee un vago marco jurídico para entender las responsabilidades de dicha entidad. Sin embargo, dicho marco le impone a los consejos importantes limitaciones que inciden sobre la clasificación de estos para efectos contributivos. Si bien los consejos de titulares tienen personalidad jurídica propia y sirven para administrar el funcionamiento de los condominios, pero no pueden organizarse como corporaciones ni sociedades, entonces, ¿cómo los categorizamos para fines contributivos?

III. PROPUESTA DEL PROYECTO DE LA CÁMARA 1874

El Proyecto de la Cámara 1874 propone otorgarle a los consejos de titulares total exención contributiva sobre todo tipo de “ingresos, propiedad, arbitrio, patente, o cualquiera otra contribución impuesta”.²³ La justificación para la otorgación de dicha exención contributiva queda expresada en su exposición de motivos. Con la propuesta antes mencionada se ‘aclara’ que el consejo de titulares, “*al ser una entidad conducto*”, estará exenta de toda contribución sobre ingresos y ganancias.²⁴ El Proyecto propone clasificar a los consejos de titulares como entidades conductos para otorgar el privilegio de exención contributiva sobre todo ingreso.

Aunque por regulación estatutaria no se ha definido con exactitud lo que significan las entidades conductos, estas pueden entenderse como aquellas que son completamente ignoradas para efectos de tributación sobre ingresos.²⁵ Si bien son distintas, típicamente se utiliza la figura de la sociedad para ejemplificar el funcionamiento contributivo de las entidades conducto.²⁶ El CRI dispone el principio aplicable a las sociedades en cuanto a su flujo tributario, a saber: una sociedad no estará sujeta a tributación, pero sus socios, en capacidad individual, rendirán

²² 13 LPRA § 30471.

²³ P. de la C. 1874 de 30 de octubre de 2018, 4ta Ses. Ord., 18va Asam. Leg., en la pág. 56 (en específico, el art. 44).

²⁴ Exposición de motivos, P. de la C. 1874 de 30 de octubre de 2018, 4ta Ses. Ord., 18va Asam. Leg., en la pág. 4 (énfasis suplido).

²⁵ Felipe Rodríguez Lafontaine, *The New Era of Flow-Through Taxation in Puerto Rico: Opportunities and Challenges for Choice of Entity Strategies*, 4 No. 1 UPR BUS. L. J. 49, 57 (2012) (citando a Elliot Manning, *U.S. Income Portfolios: Partnerships: Portfolio 710-2nd: Partnerships-Conceptual Overview*, 710-2nd T.M., Partnerships-Conceptual Overview (BNA)).

²⁶ *Id.*

contribuciones sobre los ingresos devengados por la sociedad.²⁷ Es decir que, al concluir que los consejos titulares son entidades conductos, la Asamblea Legislativa determinó que son entidades donde sus miembros son los que verdaderamente disfrutan de sus ingresos y, por ende, son los que, en carácter personal, estarán obligados a rendir contribución sobre los mismos.

Según discutiéramos previamente, la personalidad jurídica otorgada a los consejos de titulares, por vía de la *Ley de condominios*, responde principalmente a la necesidad de distinguir el colectivo de los integrantes que lo conforman. Los beneficios de trazar esta distinción son de particular importancia en el desglose de responsabilidad patrimonial. Por esto, determinar que la naturaleza contributiva de los consejos de titulares equivale a entidades conducto parecería ser contrario a la investidura de personalidad jurídica sobre estas entidades. Esencialmente, los integrantes de entidades conducto son los que reciben todo el flujo de responsabilidad tributaria mientras la entidad queda exenta de contribución. Aplicar este régimen contributivo a los consejos de titulares implicaría que los titulares, en carácter personal, acogerían la responsabilidad de tributar sobre los ingresos devengados por el consejo a pesar de que, con toda probabilidad, dicho ingreso no formará parte del patrimonio individual de cada titular. Sobre esta carga, es imprescindible considerar las demás propuestas incluidas en el Proyecto que, de aprobarse sin enmiendas, podrían convertir en una verdadera pesadilla la titularidad en condominio.²⁸

CONCLUSIÓN

Desde su aprobación, la *Ley de condominios* ha sido la principal fuente a la hora de prescribir la naturaleza jurídica y las implicaciones de la titularidad bajo propiedad horizontal. Sin embargo, el silencio en dicha Ley en cuanto al carácter contributivo de sus entidades solo ha prestado terreno para que la Asamblea Legislativa, en conjunto con agencias administrativas, tome cartas en este asunto mediante leyes y reglamentos aleatorios. El procedimiento administrativo a seguir por parte de los consejos de titulares para hacer valer su exención contributiva como entidad sin fines de lucro, parece ser contrario a las limitaciones estatutarias de la Ley.

En contraste, la Asamblea Legislativa propone hacer frente al complicado trasfondo en cuanto a la naturaleza tributaria de los consejos de titulares al incorporar la exención contributiva total en una nueva ley de condominios. Dicha disposición, además de ser redundante a lo expresado ya en el CRI, queda coja e injustificada cuando alude a una naturaleza tributaria que parece ser contraria a los intereses de la Ley misma. Urge que repensemos en lo que conceptualmente significaría atribuirle a los consejos de titulares este régimen contributivo y qué

²⁷ CÓD. RENT. INT. PR § 1071.01, 13 LPRA § 30331 (2018); Véase también Edgar Ríos-Méndez y Jeanelle Alemar-Escabí, *Tax Management Portfolios: Business Operations in Puerto Rico: Portfolio 7320-2nd*, A-151 (BNA).

²⁸ Véase, Otero Rivera, *supra* nota 3.

resuelve esto, si algo, a la hora de tramitar la tributación de los consejos y sus titulares.

CUANDO MICKEY COMPRÓ EL MILLENNIUM FALCON: LA NEGOCIACIÓN ENTRE DISNEY Y LUCASFILM

COMENTARIO

STEVEN CARABALLO VÉLEZ*

INTRODUCCIÓN

LA NEGOCIACIÓN ESTÁ PRESENTE EN TODO NUESTRO ENTORNO.¹ INCLUSO cobra mayor relevancia en las profesiones en las que la *palabra* es un elemento esencial del trabajo; como ocurre en las carreras relacionadas al Derecho o a la Administración de Empresas. Ejemplos claros de la utilización de la negociación los encontramos en el uso de métodos alternos de resolución de disputas (mediación, arbitraje), pactos contractuales (incluyendo el transigir un pleito que se ventila ante un tribunal), alegaciones pre-acordadas (*plea bargaining*), y en los intercambios que se dan para llevar a cabo la fusión/adquisición de alguna empresa.

Aunque es un método utilizado con frecuencia, pocas personas saben manejar adecuadamente una negociación. Muchas veces recurren a utilizar estrategias inefectivas en crear valor y se enfocan en alcanzar un objetivo preestablecido sin analizar los intereses subyacentes de las partes envueltas en la negociación. Este Comentario tendrá como objetivo la aplicación de los principios de una negociación efectiva a un caso de la vida real para determinar su efectividad. Decidí concentrar este escrito en el Derecho Transaccional, específicamente, en el análisis de la negociación entre The Walt Disney Company (en adelante, “Disney”) y Lucasfilm Ltd. LLC (en adelante, “Lucasfilm”). Las partes envueltas en esta negociación querían lograr un acuerdo en el cual Disney adquiriera a Lucasfilm. Dicha negociación es de interés ya que su contenido es uno socialmente reconocido por tratarse de dos grandes y afamadas compañías. Más aun, es pertinente desde un punto de vista legal ya que el procedimiento para realizar una fusión o una adquisición es “un complejo marco comercial de inversiones, finanzas, economía y mercadeo, donde la clave para el éxito radica en la integración de las negociaciones corporativas ejercidas por los abogados que representan las partes involucradas”.²

* El autor es estudiante de cuarto año de la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico. Posee un Bachillerato en Administración de Empresas con concentración en Finanzas de la Universidad de Puerto Rico en Carolina. Es miembro del Cuerpo Editorial del Volumen 88 de la Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico en calidad de Director Asociado.

¹ LUIS MUÑIZ ARGÜELLES, LA NEGOCIACIÓN Y LA MEDIACIÓN: SU USO COMO MÉTODOS ALTERNOS DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS 17-21 (2006).

² Roberto Velázquez Ramos, *Mergers & Acquisitions: Un Estudio De Las Fusiones, Consolidaciones Y Adquisiciones De Acciones Como Estrategia De Negocio Moderno*, 40 REV. DER. PR 165, 190 (2001).

I. LOS PRINCIPIOS DE UNA NEGOCIACIÓN EFECTIVA

Primeramente, una negociación es un proceso de comunicación entre dos o más partes con el propósito de lograr una decisión por mutuo acuerdo.³ Una forma de enfrentarse a una negociación es utilizando el *positional bargaining*. El *positional bargaining* es un acercamiento basado en la *distribución* de valor. Consiste en dirigirse a una negociación con una mentalidad de *zero-sum*, en la cual la ganancia de un participante está balanceada exactamente con la pérdida de los demás.⁴ Cada parte toma una postura, argumenta sobre ella y hace concesiones para llegar a un acuerdo. La negociación basada en posturas tiene el efecto de posponer la obtención de un acuerdo óptimo para ambas partes.⁵ La razón de ser de la negociación la podemos visualizar como si fuese un pastel; siendo el pastel aquello que las partes desean de la negociación.⁶ En ese sentido, bajo el *positional bargaining*, los negociadores parten de la premisa de que la cantidad disponible para distribuir es fija y si un negociador recibe una porción más grande del pastel, el otro se queda con hambre. Debido a que ninguno de los negociadores quiere quedarse con hambre, luchan por el pedazo más grande del pastel a toda costa.

Otro modo de enfrentarse a una negociación es utilizando el *principled negotiation*. El *principled negotiation* es un acercamiento basado en la *creación* de valor, es decir, basado en los *intereses* de las partes que están negociando.⁷ Consiste en dirigirse a una negociación con una mentalidad *win-win*, que tiene por objetivo que todas las partes salgan beneficiadas.⁸ Idealmente, las partes deben aspirar a una negociación basada en *principled negotiation*. Aquí, los negociadores primero buscan conseguir que el pastel en la mesa sea más grande y luego lo distribuyen de tal forma que ninguna de las partes se quede con hambre. Esta táctica se llama *expanding the pie*.⁹ Cuando haga mención de una negociación efectiva a través de este escrito, me referiré a un *principled negotiation*.

³ ROGER FISCHER & WILLIAM URY, GETTING TO YES: NEGOTIATING AGREEMENT WITHOUT GIVING IN 35 (3ra ed. 2011).

⁴ *Zero-sum game*, MERRIAM-WEBSTER, <https://www.merriam-webster.com/dictionary/zero-sum%20game> (última visita 20 de septiembre de 2018) (“[A] situation in which one person or group can win something only by causing another person or group to lose it.”).

⁵ FISCHER & URY, *supra* nota 3, en la pág. 19.

⁶ *Id.* en la pág. 59.

⁷ Los intereses más poderosos son las necesidades humanas básicas: seguridad; bienestar económico; un sentimiento de pertenencia; reconocimiento y control sobre la vida. *Id.* en la pág. 43.

⁸ *Win-win*, MERRIAM-WEBSTER, <https://www.merriam-webster.com/dictionary/win-win> (última visita 20 de septiembre de 2018) (“[A]dvantageous or satisfactory to all parties involved.”). Véase Nirmala Reddy, *Successful Strategies For A Win-Win Negotiation*, FORBES (9 de abril de 2018), <https://www.forbes.com/sites/forbescoachescouncil/2018/04/09/successful-strategies-for-a-win-win-negotiation/#4c8fc4343ccb>.

⁹ *Integrative Negotiation: When Dividing the Pie, Smart Negotiators Get Creative*, PROGRAM ON NEGOTIATION: HARVARD LAW SCHOOL (11 de septiembre de 2018), <https://www.pon.harvard.edu/daily/negotiation-skills-daily/when-dividing-the-pie-smart-negotiators-get-creative/>.

Los elementos para considerar cuando estamos ante el *principled negotiation* son: (1) las personas envueltas; (2) los intereses de las partes; (3) las alternativas u opciones disponibles, y (4) los criterios objetivos. Bajo el elemento de personas envueltas en el *principled negotiation*, se consideran las personalidades de los negociadores y el estilo de negociación que cada cual posee para así desarrollar una estrategia de acuerdo con ello.¹⁰ Al hablar de personas no podemos olvidar el importante factor que representa la relación que hay entre los negociadores, incluyendo las experiencias previas que han tenido, su conocimiento, sentimientos y confianza.¹¹ El segundo elemento que se debe evaluar es el de los intereses de las partes y tiene que ver con auscultar los deseos y resultados esperados.¹² Los intereses de los negociadores se descubren escuchando, investigando y comunicándose. Es importante descubrirlos porque un examen detenido de las tendencias subyacentes a las posturas de los negociadores generalmente revela que existen más intereses compatibles que oponibles.¹³ Luego de haber analizado los intereses que subyacen, las partes tienen que traer opciones a la mesa de negociación para lograr un acuerdo que los atienda.¹⁴ Las soluciones que se presentan deben estar dirigidas a crear valor y lograr un beneficio mutuo, por lo que se debe buscar ampliar las opciones en lugar de buscar una sola respuesta. El último elemento de una negociación efectiva lo es el de la consideración de criterios objetivos. Este elemento tiene que ver con la razonabilidad de las propuestas que someten las partes negociadoras y para evaluarlo se alude a: la estrategia de la negociación (tácticas que usan los negociadores),¹⁵ si las negociaciones son integradoras (cooperativas) o distributivas (individualistas) y el análisis de información matemática, económica y legal (*due diligence*).¹⁶

Ahora que tenemos claro cuáles son los elementos que componen una negociación efectiva, hay que contextualizar esos elementos examinando su implementación en las diversas fases que componen una negociación. Las fases del *principled negotiation* se pueden resumir de la siguiente forma:

1. Análisis- En esta fase se lleva a cabo una evaluación inicial de la situación que enfrenta el individuo. La persona debe identificar por qué, para qué, y con quién estará negociando. Básicamente se estudia cuál es el propósito de la negociación y qué resultado uno pretende conseguir.

¹⁰ Los tres estilos de negociar más comunes son: competidor, acomodador y evasor. ROBERT H. MNOOKIN et al., *BEYOND WINNING: NEGOTIATING TO CREATE VALUE IN DEALS AND DISPUTES* 51-53 (2000).

¹¹ FISCHER & URY, *supra* nota 3, en las págs. 17-19.

¹² *Id.* en la pág. 37.

¹³ *Id.* en la pág. 40.

¹⁴ *Id.* en la pág. 68.

¹⁵ Algunas tácticas reconocidas en la práctica son: (1) *good-cop, bad-cop*; (2) intimidación emocional; (3) presentar una oferta que sirve como ancla; (4) silencio; (5) amenazas; (6) mentir sobre sus prioridades, etc. Véase MNOOKIN, *supra* nota 10, en las págs. 24-25.

¹⁶ FISCHER & URY, *supra* nota 3, en las págs. 85-87.

2. Planificación- En esta fase el negociador lleva a cabo su preparación para la negociación. Aquí es que entran en juego los siguientes conceptos del *principled negotiation*, a saber: la Mejor Alternativa a un Acuerdo Negociado (B.A.T.N.A., por sus siglas en inglés)¹⁷ y el precio de reserva o precio de resistencia (*Reservation Value*).¹⁸
3. Discusión- En esta fase se lleva a cabo la negociación. Las partes dialogan para tratar de llegar a un acuerdo. En la discusión las partes ejecutan lo que planificaron en las fases anteriores. En esta fase también entran en juego las tácticas que se utilizan para tratar de persuadir a la otra parte.

II. APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE UNA NEGOCIACIÓN EFECTIVA AL CASO DE DISNEY Y LUCASFILM

Aplicando los elementos de una negociación efectiva al caso objeto de estudio, notamos que, al evaluar el elemento de *personas*, aquí hubo esencialmente dos negociadores: Robert Iger (Director Ejecutivo de Disney) y George Lucas (único accionista de Lucasfilm). Lucas e Iger se conocían desde hace aproximadamente veinticinco años.¹⁹ En mayo de 2011, Iger le dijo a George Lucas que Disney estaba interesado en comprar su compañía.²⁰ Cuando Iger le presentó el tema a Lucas, este último reveló que sentía que se aproximaba su retiro y eventualmente vendería su compañía. Lucas había estado prestando atención a cómo Disney había tratado a sus recientes adquisiciones (Pixar Animation Studios y Marvel Studios, LLC) y estaba impresionado.²¹ El trato que Disney le dio a las compañías que previamente había adquirido hizo que Lucas concluyera que Disney era el mejor sucesor para Lucasfilm.

Los *intereses* envueltos en esta negociación, desde el punto de vista de Iger, eran adquirir a Lucasfilm y sus propiedades (especialmente lo relacionado a la

¹⁷ Robert Mnookin describe el B.A.T.N.A. (*Best Alternative to a Negotiated Agreement*) diciendo que: “of all your possible alternatives, this is the one that best serves your interests —that you will most likely take if no deal is reached”. MNOOKIN, *supra* nota 10, en la pág. 19.

¹⁸ El *reservation value* es el precio máximo (o mínimo) que un negociador está dispuesto a aceptar. Robert Mnookin lo describe como: “the amount at which you are indifferent between reaching a deal and walking away to your BATNA.”. *Id.*

¹⁹ A principios de los años noventa, Lucas le presentó a Iger la idea del programa televisivo de *The Young Indiana Jones Chronicles*. En ese momento Iger era el presidente del canal de televisión ABC. Iger apoyó el proyecto y se creó la serie de televisión. A pesar de que la primera temporada no fue exitosa, Iger demostró que tenía confianza en la visión de Lucas al abogar que se ofreciera una segunda temporada del programa. Lucas se sintió alentado por su apoyo al programa. De seguro estos fueron los cimientos de la relación de confianza entre Lucas y Iger. Véase generalmente Devin Leonard, *How Disney Bought Lucasfilm—and Its Plans for Star Wars*, BLOOMBERG (7 de marzo de 2013), <https://www.bloomberg.com/news/articles/2013-03-07/how-disney-bought-lucasfilm-and-its-plans-for-star-wars>.

²⁰ *Id.*

²¹ *Id.* Véase además Ryan Nakashima, *Disney's Recent Acquisitions of Marvel, Pixar Show a Successful Hands-off Approach*, GLOBAL NEWS (31 de octubre de 2012), <https://global-news.ca/news/303729/disneys-recent-acquisitions-of-marvel-pixar-show-a-successful-hands-off-approach-2/> (reseñando el éxito de Disney con estas adquisiciones).

franquicia *Star Wars*), mientras que los intereses de Lucas eran vender a Lucasfilm a una entidad que la manejara de manera similar a él, es decir, a una compañía que no empañara su legado. Al momento de ofrecer *alternativas*, Iger ofreció las siguientes: pago en efectivo y pago en acciones de Disney por la adquisición de Lucasfilm.²² Por otro lado, las alternativas ofrecidas por Lucas fueron: que el manejo de Lucasfilm fuese lo más independiente posible y que él mantuviera algún control creativo en proyectos futuros.²³ En cuanto al último elemento de una negociación efectiva, la evaluación de los *criterios objetivos*, inicialmente hubo un percance relacionado al intercambio de información ya que Lucas estaba precavido con sus planes futuros para *Star Wars* y no estuvo dispuesto a revelar el mínimo detalle sobre la franquicia. Iger logró que Lucas revelara la información que solicitaba Disney confeccionando un acuerdo de confidencialidad que sería firmado por los ejecutivos de Disney envueltos en la negociación.²⁴ El *due diligence* empleado por Disney, desde un aspecto legal, incluyó el determinar si Lucas poseía los derechos de autor sobre Han Solo, Lando Clarissan y sobre los más de 10,000 personajes de la franquicia *Star Wars*.²⁵ A parte de la información sobre *Star Wars*, otro criterio objetivo consistió en un extenso análisis financiero.²⁶

Respecto a las fases de la negociación entre Disney y Lucasfilm, mi investigación indica que se siguió la estructura ya mencionada. Primero, ambas partes llevaron a cabo un análisis inicial de la situación. Disney identificó a Lucasfilm como una posible adquisición y realizó un análisis completo de la compañía. A su vez, Lucas decidió que quería vender su compañía a Disney, pero quería buscar la forma de que su legado no fuera arruinado. Para ello, realizó una investigación de las adquisiciones que Disney había hecho de otras compañías y cómo fue su trato hacia ellas luego de adquiridas. Segundo, ambas partes planificaron cómo iban a acercarse a esta negociación. Dentro de esa preparación, probablemente identificaron cuáles eran sus B.A.T.N.A. y sus precios de reserva. En este caso, estimo que el B.A.T.N.A. de Disney era adquirir otra compañía que tuviera un activo igual de valioso y reconocido como *Star Wars*. Estimo, además, que el B.A.T.N.A. de Lucas era que él siguiera manejando a Lucasfilm hasta encontrar otro adquirente que cumpliera con sus expectativas. Por otro lado, el *reservation value* de Disney se puede definir como que era aquel que no sobrepasara el justo valor en el

²² *Disney Buys Star Wars Maker Lucasfilm from George Lucas*, BBC NEWS (31 de octubre de 2012), <http://www.bbc.com/news/business-20146942>.

²³ Leonard, *supra* nota 19.

²⁴ *Id.*

²⁵ Paul Bond, *Power Lawyers: How 'Star Wars' Nerds Sold Lucasfilm to Disney*, THE HOLLYWOOD REPORTER (22 de mayo de 2013), <https://www.hollywoodreporter.com/thr-esq/power-lawyers-how-star-wars-527383> ("The team eventually determined that all the important copyrights were intact and available to sell to Disney. . . .").

²⁶ Matthew Garrahan, *Disney: Let it Grow*, FINANCIAL TIMES (22 de mayo de 2015), <https://www.ft.com/content/26f154de-005f-11e5-b91e-00144feabdco>.

mercado.²⁷ En este caso, Disney terminó pagando alrededor de cuatro billones; cantidad que debe representar el justo valor en el mercado y, por ende, su *reservation value*.²⁸ Identifiqué que el *reservation value* de Lucas era potencialmente menor de la cantidad pagada, ya que su objetivo principal no era monetario, sino dejar a Lucasfilm en manos competentes. Tercero, aunque no hay detalles específicos sobre las conversaciones que las partes tuvieron en la última fase de la negociación, por lo expuesto se puede concluir que ambas partes estaban deseosas de que se diera el acuerdo. Seguramente fue en la discusión en donde mayormente influyó la confianza que habían desarrollado a través de los años. Lucas confiaba que Disney no ignoraría sus ideas para que *Star Wars* triunfara y Disney confiaba que Lucas iba a otorgarle prioridad en la venta de Lucasfilm, al igual que negociar de buena fe.

CONCLUSIÓN

Luego de analizar la negociación de acuerdo con los principios estudiados, concluyo que el resultado de la negociación entre Disney y Lucasfilm fue un acuerdo cuyas cláusulas comprendían los intereses de ambas partes. Efectivamente, Lucas logró mantener algún tipo de control creativo sobre Lucasfilm ya que consiguió que alguien de su confianza fuese nombrado presidente de Lucasfilm,²⁹ mientras que Iger pudo convencer a Lucas de que su compañía estaría bien protegida en las manos de Disney, de esa forma logrando añadir un activo valioso a la cartera de inversiones de Disney. En fin, las partes realizaron una negociación efectiva utilizando los principios que se expusieron en este Comentario y así lograron un acuerdo óptimo.

²⁷ TheDealVideo, *Disney's Mayer: Pixar Purchase 'A Real Home Run'*, YOUTUBE (13 de octubre de 2011), https://www.youtube.com/watch?v=mxp_bhGlrIg (Kevin Mayer, ejecutivo financiero de Disney, expresa que Disney no sobrepaga por la adquisición de una compañía si no que pagan lo que entienden es el justo valor de acuerdo con sus intereses).

²⁸ Para más detalles sobre la transacción, véase la Forma 8-K radicada por Disney ante el *Securities Exchange Commission*: The Walt Disney Company, Form 8-K, UNITED STATES SECURITIES EXCHANGE COMMISSION: EDGAR (30 de octubre de 2012), <https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/1001039/000103912512441509/d429302d8k.htm>.

²⁹ Steve Kovach, *Meet The Woman In Charge Of Making Sure The Next Star Wars Movie Doesn't Stink*, BUSINESS INSIDER (31 de octubre de 2012), www.businessinsider.com/kathleen-kennedy-in-charge-at-lucasfilm-2012-10.

A UN AÑO DEL HURACÁN MARÍA: SIN UN PLAN DE ACCIÓN PARA CONTABILIZAR LAS MUERTES A CAUSA DE UN DESASTRE NATURAL

COMENTARIO

MARGARET M. OCHOA ESPINOSA*

INTRODUCCIÓN

LA INCONSISTENCIA E IMPRECISIÓN EN LA CIFRA OFICIAL DE MUERTOS TRAS EL paso del huracán María generó la gran incertidumbre que reinó durante el pasado año. Mientras un estudio de la Universidad de Harvard estimó 4,645 muertes, otra investigación de la Universidad Estatal de Pensilvania estipuló 1,139 muertes, y finalmente el estudio encomendado por el Gobierno de Puerto Rico a la Universidad de George Washington calculó 2,975 muertes, sustituyendo el número oficial de sesenta y cuatro muertes que siempre sostuvo el Gobierno.¹ La inhabilidad para proveer una cifra exacta de muertes a causa de un desastre natural es algo que también sucedió con el huracán Katrina en Nueva Orleans.² Hoy día, el número oficial de muertos a causa de Katrina que se conoce es 1,833, sin embargo en el 2006 se dio la cifra de 1,464 víctimas y luego un estudio del 2008 estimó solamente 986 víctimas.³ El denominador común en ambos eventos, que hizo ardua la tarea de proveer una cifra, fue la clasificación de las muertes como relacionadas o no al desastre.⁴ Sobre este particular, Carlos Santos Burgoa, uno de los autores del mencionado estudio de la Universidad de George Washington, señaló que muchos de los médicos que certificaron las muertes durante el huracán María no tenían un entrenamiento formal en cómo completar los certificados de defunción, y por lo tanto tampoco sabían certificar las muertes como relacionadas al Huracán.⁵ Lo inquietante es que a un año de María y en plena temporada de

* La autora es Redactora Digital de *In Rev* y estudiante de segundo año en la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico.

¹ José A. Delgado Robles, *Un estudio revela que 2,975 personas murieron a causa del huracán María*, EL NUEVO DÍA (28 de agosto de 2018), <https://www.elnuevodia.com/noticias/locales/nota/unestudiorevelaque2975personasmurieronacausadelhuracanmaria-2443855/>.

² Carl Bialik, *We Still Don't Know How Many People Died Because of Katrina*, FIVE THIRTY EIGHT (26 de agosto de 2015), <https://fivethirtyeight.com/features/we-still-dont-know-how-many-people-died-because-of-katrina/>.

³ *Id.*

⁴ Jamie Ducharme & Arpita Aneja, *Why It's So Hard to Calculate Death Tolls From Hurricanes*, TIME (13 de septiembre de 2018), <http://time.com/5395369/death-tolls-hurricane/>.

⁵ *Id.*

huracanes todavía no se ha aprobado un protocolo que atienda esta situación y permita una contabilidad adecuada de muertes durante un evento catastrófico.

Para reflexionar sobre las mencionadas inquietudes, el pasado 19 de septiembre de 2018 se llevó a cabo un panel titulado *Rendición de cuentas durante el desastre*. Dicho panel formó parte del evento *365 Días de María*, convocado por el Centro de Periodismo Investigativo (CPI). El panel fue integrado por el senador Henry Neumann Zayas, presidente de la Comisión senatorial de Seguridad Pública; la demógrafa Nancy Vega, ex directora del Registro Demográfico, y Epifanio Jiménez, ex director de la Agencia Estatal para el Manejo de Emergencias. En este Comentario abundaré sobre los temas discutidos en el conversatorio, en particular, los retos que enfrentó el Gobierno a la hora de establecer la cifra de muertos que dejó el huracán María y el Proyecto del Senado 713 que propone un proceso más organizado y confiable para manejar este asunto.

I. REGISTRO DEMOGRÁFICO

El Registro Demográfico (en adelante, “el Registro”) se rige por la *Ley Núm. 24 de 22 de abril de 1931*.⁶ El Registro es una dependencia del Departamento de Salud de Puerto Rico que se encarga de la inscripción, colección, custodia y certificación de los eventos vitales, entiéndase nacimientos, defunciones y matrimonios, y la producción y publicación de estadísticas vitales.⁷ Respecto a esto último, la demógrafa Nancy Vega señaló que en la Isla se tiene la concepción de que el Registro es solo para la inscripción de eventos vitales y no se toma en cuenta que es una agencia de salud pública con la importante labor de mantener un sistema estadístico. Para recopilar estas estadísticas, el Registro debe preparar las instrucciones, formas, impresos y libros que sean necesarios para obtener la información de los eventos y conservar los registros.⁸ En lo aquí pertinente, esta agencia es la encargada de preparar el certificado de defunción a ser cumplimentado para cada caso.

En el 2015, el Registro Demográfico creó una nueva versión del certificado de defunción para cumplir con las recomendaciones del National Center for Health Statistics (N.C.H.S.), división del Center for Disease Control and Prevention (C.D.C.), para mejorar la calidad de la información recopilada.⁹ La exdirectora del Registro explicó que el encasillado 24 del certificado es para detallar la causa de la muerte y el encasillado 25 es para escribir cualquier otra circunstancia que haya provocado la muerte de la persona. El artículo 11 de la *Ley Núm. 24* obliga a los

⁶ Ley del registro general demográfico de Puerto Rico, *Ley Núm. 24 de 22 de abril de 1931*, 24 LPRA §1041 (1931).

⁷ *Id.* § 1042.

⁸ *Id.* § 1071.

⁹ Departamento de Salud de Puerto Rico, *Registro Demográfico de Puerto Rico*, DEPARTAMENTO DE SALUD GOBIERNO DE PUERTO RICO (última visita 25 de septiembre de 2018), <http://www.salud.gov.pr/Servicios-al-Ciudadano/Pages/Registro-Demografico.aspx>.

médicos en el ejercicio de su profesión en Puerto Rico a certificar las defunciones.¹⁰ Por lo tanto, son los médicos los encargados de cumplimentar los apartados 24 y 25 del certificado de defunción. Específicamente, es en el encasillado 25 en el que los médicos debían explicar si alguna circunstancia relacionada al Huracán contribuyó a la defunción, esto con el propósito de que se clasifique como muerte indirecta del evento catastrófico, explicó Vega. Añadió que esto no se hizo puesto que muchos médicos no saben cumplimentar el certificado de defunción, por lo cual debería ser un requisito tomar talleres sobre cómo hacerlo.

La guía para certificar muertes a causa de un desastre natural elaborada por el C.D.C. explica que las muertes pueden ser directa o indirectamente relacionadas a un desastre.¹¹ Una muerte directa es aquella atribuible a las consecuencias directas del desastre (como morir ahogado o a causa de la caída de una estructura).¹² Por otro lado, una muerte indirecta ocurre cuando las condiciones inseguras o insalubres antes, durante, o después del desastre contribuyen a la muerte (como las interrupciones en la atención médica a causa de la falta de energía).¹³ La guía explica que las inconsistencias en clasificar las muertes como relacionadas al desastre hace difícil generar estadísticas confiables de mortalidad, lo que a su vez no permite cumplir con el propósito de ayudar a que las familias de las víctimas se recuperen de eventos catastrófico y que el estado esté mejor preparado para movilizar sus recursos.¹⁴ De acuerdo a Carlos Santos Burgoa, uno de los autores del estudio encomendado por el Gobierno de Puerto Rico a la Universidad de George Washington, la cifra de sesenta y cuatro muertos dada por el Gobierno proviene de los certificados de defunción que establecían que la muerte estaba relacionada directamente al Huracán, el resto de muertes que documentó el estudio fueron muertes indirectas que no se clasificaron como tal en los certificados de defunción.¹⁵

II. PROYECTO DEL SENADO 713

Como consecuencia de las dudosas cifras de muertes registradas, el senador Henry Neumann Zayas radicó el Proyecto del Senado 713 para crear la *Ley del protocolo para la determinación de la causa y manera de las muertes relacionadas a*

¹⁰ Ley del registro general demográfico de Puerto Rico, Ley Núm. 24 de 22 de abril de 1931, 24 LPRA §1105 (1931).

¹¹ National Center for Health Statistics, *A reference guide for certification of deaths in the event of a natural, human-induced, or chemical/radiological disaster*, CENTER FOR DISEASE CONTROL AND PREVENTION (octubre de 2017), <https://www.cdc.gov/nchs/data/nvss/vsrg/vsrg01.pdf>.

¹² *Id.*

¹³ *Id.*

¹⁴ *Id.*

¹⁵ Ducharme & Aneja, *supra* nota 4.

desastres naturales o eventos catastróficos. ¹⁶ Según el Senador, el gobierno central tiene la responsabilidad de tener mecanismos para dar cifras confiables sobre el número de fallecidos en un desastre natural, por lo cual el proyecto propone crear consistencia y credibilidad en ese aspecto.

El Proyecto sugiere la creación de un protocolo uniforme que faculte al Negociado de Ciencias Forenses a utilizar un formulario particular para la evaluación y clasificación de muertes relacionadas a desastres naturales. A su vez, autoriza el establecimiento de un Centro de Atención a las Familias en el Negociado para que los familiares de los fallecidos puedan acudir a una entrevista y brindar información sobre las circunstancias de la muerte de su pariente.¹⁷

Así mismo, la medida propone que el médico que certifica una muerte deberá enviar el expediente del paciente al Negociado para ser analizado por el patólogo forense.¹⁸ Igualmente, los galenos tienen la responsabilidad de llenar en su totalidad el certificado de defunción, incluyendo la causa de la muerte y las circunstancias que contribuyeron a esta.¹⁹ En este aspecto, el Proyecto 713 faculta a la Junta de Licenciamiento y Disciplina Médica a imponer sanciones a cualquier médico que no cumpla con las disposiciones descritas.²⁰ Además, el Proyecto ordena a la Junta de Licenciamiento y Disciplina Médica a incluir en los requisitos sobre programas de educación continua, cursos educativos y de orientación sobre esta legislación.²¹ Neumann Zayas explicó que para evitar demandas, los médicos llenan lo menos posible en el certificado de defunción y el huracán María no fue la excepción, por lo que la medida busca ponerle una responsabilidad adicional a los galenos.

Por otra parte, la medida busca crear un Comité Interagencial para la Divulgación Oficial de Información sobre Datos Estadísticos de Muertes Relacionadas a Desastres Naturales o Eventos Catastróficos. El Comité tendría la responsabilidad de divulgar la información oficial sobre las muertes relacionadas a determinado desastre natural o evento catastrófico. La medida establece intervalos en los que el Comité, una vez activado por una emergencia, deberían presentar informes sobre los datos obtenidos.²² Con la creación de este ente se le quitaría al Departamento de Seguridad Pública la potestad y el manejo de la información sobre la cifra de muertos. Por otro lado, tanto el protocolo como el Comité serían activados una vez haya una declaración de emergencia o desastre en Puerto Rico.²³

¹⁶ P. del S. 713 de 16 de noviembre de 2017, 2da. Ses. Ord., 18va Asam. Leg. <http://www.tucamara-pr.org/dnncamara/Documents/Measures/e6d4fde9-0af8-42ef-b57c-fc1086144219.pdf>.

¹⁷ *Id.* en la pág. 6.

¹⁸ *Id.*

¹⁹ *Id.* en la pág. 7.

²⁰ *Id.*

²¹ *Id.* en la pág. 9.

²² *Id.* en la pág. 8.

²³ *Id.* en la pág. 9.

El que el Proyecto ponga al mando al Negociado de Ciencias Forenses para que maneje y supervise los esfuerzos para clasificar y contabilizar las muertes ha suscitado conmoción. En el primer informe sobre la medida por parte de la Comisión de Seguridad Pública del Senado, la Asociación de Funerarios de Puerto Rico expresó que la labor encomendada al Negociado puede suponer una carga para este, tomando en cuenta el limitado personal con el que cuentan.²⁴ Por otra parte, el Colegio de Médicos Cirujanos de Puerto Rico expresó estar de acuerdo con que el Negociado coordine los esfuerzos, pero señaló que se debía asignar un médico en cada municipio para que coordine localmente el manejo de cadáveres para no depender de las instituciones centralizadas en el área metropolitana.²⁵ De otro modo, la medida cuenta con oposición por parte del Colegio de Médicos de Puerto Rico. Estos pretenden que para que se apruebe la legislación, se incluya una enmienda que conceda inmunidad a los médicos al llenar los certificados de defunción.²⁶ Según Neumann Zayas, es el Colegio de Médicos quien tiene paralizado el proyecto de ley al día de hoy.²⁷

CONCLUSIÓN

Las dificultades que se han vislumbrado a la hora de otorgar una cifra confiable sobre el número de muertes a causa de desastres o eventos catastróficos han hecho imperativo que se desarrollen mecanismos locales y nacionales para trabajar con el asunto.²⁸ Estos esfuerzos son cruciales a la hora de otorgar congruencia a los efectos reales de un desastre, lo cual permite a los gobiernos organizarse eficientemente de cara a futuros eventos catastróficos respecto a la planificación, la distribución de recursos, o la creación de política pública. Puerto Rico no ha sido el único que ha afrontado el problema de la disparidad en las cifras de muertes a causa de un desastre, pero si estaría tomando un paso al frente al adoptar un mecanismo estatal comprometido con regular el proceso de la contabilización de muertes a causa de un desastre.

El panel *Rendición de cuentas durante el desastre* brindó una mirada a los retos primordiales tras el paso del huracán María. Los panelistas mostraron la misma inquietud que tenemos todos y que esta nueva temporada de huracanes ha

²⁴ Informe positivo sobre el P. del S. 713, Com. de Seguridad Pública, Senado de Puerto Rico, 20 de junio de 2018, 3ra. Ses. Ord., 18va. Asam. Leg., en la pág. 10.

²⁵ *Id.* en la pág. 12.

²⁶ Damaris Suárez, *Detenidos en la legislatura proyectos para atender fallas tras el huracán María*, CENTRO DE PERIODISMO INVESTIGATIVO (11 de septiembre de 2018), <http://periodismoinvestigativo.com/2018/09/detenidos-en-la-legislatura-proyectos-para-atender-fallas-tras-el-huracan-maria/>.

²⁷ *Id.*

²⁸ Incluso, recientemente la congresista de Nueva York, Nydia Velázquez, introdujo *The Count Act* en la Cámara baja federal, el cual pretende que se le asignen \$2,000,000 al Federal Emergency Management Agency para que solicite a la Academia Nacional de Medicina un estudio sobre las mejores prácticas para contar la mortalidad a causa de un evento catastrófico. Con esto se busca que se establezcan procedimientos federales relacionados a este asunto. Véase COUNT Victims Act, H.R. 6048, 115th Cong. (2018).

agudizado aún más: ¿Qué se ha hecho para que en una futura ocasión se tenga una cifra de mortalidad congruente y confiable? Actualmente, solo el Proyecto del Senado 713 ha atendido esta preocupación, pero su aprobación todavía no es palpable. Esta legislación ciertamente busca atajar el problema identificado por el C.D.C. y por todos los estudios que se realizaron para determinar la cifra de muertes; este es la falta de conocimiento por parte de los médicos para clasificar las muertes como relacionadas o no al desastre en los certificados de defunción. La medida impone un compromiso profesional de cumplimentar como es debido este certificado, a su vez que le provee las herramientas a la clase médica para que se capacite en cómo se cumplimenta el documento de defunción. Asimismo, el proyecto busca implementar coherencia en el proceso al crear un Comité que sea quien divulgue las cifras en una emergencia y las vaya actualizando. Esto a su vez apoya la función del Registro Demográfico, como agencia de salud pública, de cumplir con su labor de producir estadísticas vitales confiables y certeras.

En tiempos como los que vivimos, cuando a finales del mes pasado un terremoto y un tsunami devastó la isla Sulawesi en Indonesia,²⁹ se hace más pertinente estar preparados para cualquier evento catastrófico. En el caso de Puerto Rico queda convertir esa experiencia vivida en el motor que promueva cambios que nos permitan por lo menos tener un sistema confiable para la cuantificación de mortalidad en un desastre.

²⁹ Hannah Beech & Muktita Suhartono, *In Disaster's Grip, Again and Again, on Indonesian Island*, THE NEW YORK TIMES (6 de octubre de 2018), https://www.nytimes.com/2018/10/06/world/asia/indonesia-earthquake-tsunami-sulawesi.html?emc=edit_nn_20181007&nl=morning-briefing&nid=6976538520181007&te=1.

ARROYO V. ROSSELLÓ: COMMENTS ON GENDER DISCOURSE

ARTICLE

SEBASTIAN ARROYO IGNACIO*

The right to identify our own existence lies at the heart of one's humanity.
—District Court Judge, Carmen Consuelo Cerezo¹

INTRODUCTION

THIRTEEN YEARS HAVE PASSED SINCE THE SUPREME COURT OF PUERTO RICO, in *Ex parte Delgado*, prohibited transgender people born in Puerto Rico from correcting the gender marker on their birth certificates in accordance with their true gender identity.² The decision was based on the historical and statistical importance of the birth certificate. This ban is no longer valid. On March 28, 2018 in *Arroyo v. Rosselló*, the United States District Court Judge for the District of Puerto Rico, Carmen Consuelo Cerezo, struck down this policy and ordered Commonwealth officials to allow such corrections. A brief overview of this case provides a great opportunity to revisit some ideas on traditional gender ideology and how it permeates and reproduces through—and with assistance from—the juridical and medical discourse, while simultaneously exploring the limits of the judicial discourse and its simplifying and reductionist effects in dealing with controversy.

I. CONTEXTUALIZING SEX AND GENDER

Sex and *gender*, although used interchangeably by many, are not the same. The sex-and-gender distinction finds its origins on the work of American psychiatrist Robert Stoller, who studied various cases of children which were assigned a sex not in accordance with their genetical, anatomical, or hormonal sex.³ Although the concept has been attributed to Stoller, neither the works on *gender* of hundreds of feminists nor the role of *gender* in the fight against the subordination of women can be overlooked.

* The author is a third-year student at the University of Puerto Rico School of Law and was a member of the Editorial Body of the LXXXVII Volume of the University of Puerto Rico Law Review. The author also collaborates with the Sexual Rights ProBono Program of the University of Puerto Rico School of Law.

1 Arroyo Gonzalez v. Rosello Nevares, 305 F. Supp. 3d 327, 334 (D.P.R. 2018).

2 *Ex parte*, Alexis Delgado Hernández, 165 DPR 170 (2005).

3 Alda Facio & Lorena Fries, *Feminismo, género y patriarcado*, 3:6 ACADEMIA 259, 268-69 (2005).

One of the most famous cases studied by Stoller is that of two twin brothers, one of which got his penis amputated by accident while being performed a circumcision surgery.⁴ Due to the accident, the doctor and the kid's family found it preferable to socialize him as a girl, rather than let him grow as a boy without a penis. This case, and others, suggest that the determining factor of someone's sexual identity is not the biological sex, rather, the act of being socialized as one sex or another.⁵ Somewhere in this distinction lies the difference between *sex* and *gender*. Hence, for the purpose of this Article, *sex* can be understood as "[t]he system of sexual classification based on biological and physical differences, such as primary and secondary sexual characteristics, which create the categories of male and female."⁶ While *gender* may be understood as "[a] system of sexual classification based on the social construction of the categories of men and boys and women and girls and usually refers to a person's masculinity or femininity."⁷

II. ARROYO V. ROSSELLÓ

A. Plaintiffs Complaint

On April 2017, on behalf of Daniela Arroyo González, Victoria Rodríguez Roldán, J.G. and Puerto Rico Para Tod@s, Lambda Legal filed a lawsuit against the Governor of Puerto Rico Ricardo Rosselló and other government officials challenging the ban on correcting the gender marker on the Puerto Rico birth certificate.⁸ Whereas plaintiffs refer to a *gender* marker, the Demographic Registry birth certificate template category refers only to *sex*. Are they both talking about the same thing? This apparent conceptual misunderstanding will be discussed later in this Article.

The plaintiffs wished to correct their respective Puerto Rico birth certificates to accurately reflect who they are, consistent with their gender identities as transgender persons. A transgender is "a person whose gender identity does not match her or his assigned gender (gender assignment is usually based on biological physical sex)."⁹ Plaintiffs further wished to have such corrections reflected by the issuance of new birth certificates, and specifically not by amendment with a strike-out line through the information on their original birth certificates, as suggested in *Ex parte Delgado*. Complainants argued that the policy and practice related to the correction of gender markers on birth certificates, based on the *Vital*

⁴ *Id.*

⁵ *Id.*

⁶ JOCELYN GREGOIRE & CHRISTIN JUNGERS, THE COUNSELOR'S COMPANION: WHAT EVERY BEGINNING COUNSELOR NEEDS TO KNOW 61 (2007).

⁷ *Id.*

⁸ *Arroyo Gonzalez v. Rossello Nevares*, 305 F. Supp. 3d 327 (D.P.R. 2018).

⁹ GREGOIRE & JUNGERS, *supra* note 6, at 61.

Statistics Registry Act,¹⁰ violated constitutional rights such as the equal protection of the law granted by the Fourteenth Amendment; the fundamental rights to privacy, individual dignity, liberty, and autonomy granted by the Fourteenth Amendment, and the right to freedom of speech under the First Amendment. The defendants' administration and enforcement of Puerto Rico's Birth Certificate Policy has resulted in impermissible discrimination against the plaintiffs on the basis of their sex and transgender status; has prohibited an entire class of people from exercising their fundamental rights to informational and decisional privacy; has infringed upon their fundamental rights to individual dignity, liberty and autonomy, and impermissibly compelled transgender persons, including plaintiffs, to publicly identify themselves with a sex inconsistent with who they are.

B. Procedural Overview

The Government of Puerto Rico moved to dismiss the suit on June 12, 2017. Lambda Legal, on June 26, 2017, opposed the motion to dismiss and filed a motion for summary judgement urging the federal court to strike down Puerto Rico's policy denying transgender people accurate birth certificates. On August 29, 2017, the District Court denied the motion to dismiss. On March 28, 2018 judge Carmen Consuelo Cerezo signed an order which was later published on April 3, 2018 granting the plaintiffs motion.¹¹ The Opinion and Order of this case was filed on April 20, 2018.¹² On that Opinion the District Judge stated the facts and conclusions of law for the case at hand. Rather than crafting her arguments around gender equity and the right to choose and perform one's own gender —by stating that the *Vital Statistics Registry Act* is discriminatory on a basis of sex and gender against transgender people, gender non-conforming and non-binary people— the Judge argued that the Commonwealth's ban on changing the gender marker in plaintiffs' births certificates violates their constitutional right to privacy. In what sense was their constitutional right to privacy breached?

C. Decisional Privacy and Informational Privacy

The Court explained in its Opinion and Order that there are two clusters of personal privacy rights: decisional privacy, and informational privacy. The *decisional privacy* right consists in “ensuring autonomy in making certain kinds of significant personal decisions.”¹³ On the other hand, the *informational privacy* right involves “ensuring confidentiality of personal matters.”¹⁴ Judge Cerezo's decision

¹⁰ Vital Statistics Registry Act, P.R. LAWS ANN. tit. 24, § 1231 (2011).

¹¹ Order, *Arroyo Gonzalez v. Rossello Nevares*, No. 17-1457CCC (D.P.R. March 28, 2018), <https://docs.justia.com/cases/federal/district-courts/puerto-rico/prdce/3:2017cv01457/135517/40>.

¹² *Arroyo Gonzalez*, 305 F. Supp. 3d at 328.

¹³ *Vega-Rodriguez v. Puerto Rico Telephone Co.*, 110 F.3d 174, 183 (1st Cir. 1997).

¹⁴ *Id.*

stated that the Commonwealth’s ban implicates both clusters of personal privacy rights. By not allowing the change of the gender marker on the birth certificate, the plaintiffs would be forced to disclose their transgender status whenever they provide their birth certificates for official purposes —when applying for a job, health insurance, food stamps, student or private loans, among other public and private services— thus violating their constitutional right to decisional privacy. Meanwhile, the Court held that “by permitting plaintiffs to change the name on their birth certificate, while prohibiting the change to their gender markers, the Commonwealth forces them to disclose their transgender status in violation of their constitutional right to informational privacy.”¹⁵ These violations are not justified by any legitimate government interest, for that, the ban was declared unconstitutional.

D. Court’s Order and the Request to Change Transgender Persons’ Gender Marker Form

Following the Court’s decision, the Demographic Registry was ordered to allow transgender individuals to change the gender marker in their birth certificates, not by a strike-out line, but by the issuing of new birth certificates. And so, the Demographic Registry and Vital Statistics of the Department of Health of Puerto Rico was commanded to adopt the same criteria used by the Department of Transportation and Public Work’s *Request to Change Transgender Persons’ Gender Marker* form, as the application form to be submitted as a first step towards the issuance of these new birth certificates. This form must be accompanied by one of the following documents:

1. A passport that reflects a person’s true gender, whether female or male;¹⁶
2. A driver’s license that reflects the person’s true gender, whether female or male,¹⁷ or
3. A certification issued by a healthcare professional or mental health professional with whom the person has a doctor-patient relationship stating, based on his or her professional opinion, the true gender identity of the applicant, whether female or male, and that it is expected that this will continue to be the gender with which the applicant will identify him or herself in the future.¹⁸

III. PLAINTIFFS AND LIMITS OF THE JURIDICAL DISCOURSE

¹⁵ *Arroyo Gonzalez*, 305 F. Supp. 3d at 333.

¹⁶ See *Change Of Sex Marker*, U.S. DEPARTMENT OF STATE, <https://travel.state.gov/content/travel/en/passports/apply-renew-passport/gender.html> (last visited Jan. 22, 2019).

¹⁷ See *Ayudalegalpr.org, Solicitud Para El Cambio De Género De Personas Transgénero En La Licencia De Conducir*, AYUDALEGALPR.ORG <https://ayudalegalpr.org/resource/solicitud-para-el-cambio-de-genero-de-personas-transgenero-licencia-de-conducir?ref=2jBwC> (last visited Jan. 22, 2019).

¹⁸ *Id.*

Although this decision represents a great triumph for gender equity for the transgender community in Puerto Rico, we have a responsibility to critically analyze the rationale behind our jurisprudence. Meaning not only the decision's practical effects, but also the arguments used to justify that decision. First, it is important to think about the plaintiffs of this case: two transgender women and one transgender man who underwent some kind of medical transition to align their body characteristics to their true self. Are the only transgenders covered by this decision those that underwent medical intervention? Would the Judge have decided the same way if some of the plaintiffs were transgender people with no intent to get medical or hormonal treatment? What about intersex, androgynous, gender non-conforming or non-binary people, are they transgender according to this decision?¹⁹ Would they be able to change or eliminate their gender marker in their birth certificate? Does this decision allow the State to emit birth certificates without *any* gender marker?²⁰ We should not be surprised to know that most of these questions were not even considered in the case at hand. Because of its inherent design, when intervening with controversies, legal discourse, limits the scope of analysis only to the question of *legality* —is it legal or is it illegal? In doing so, many important questions remain unanswered, or not even asked.²¹ For that matter, in the case at hand, is it legal (or constitutional) for the State to deny transgender persons from changing their gender marker on their birth certificate? Once you limit the scope of the controversy to the question of legality, the issue is not about “[t]he right to identify our own existence,”²² as the Judge's conclusion suggests, but about the right to decisional and informational privacy. The juridical discourse managed to relegate the questions about gender identity and the possibility to live our life in accordance with the idea we have of oneself, which were the issues that brought the plaintiffs to the steps of the courthouse.

19 GREGOIRE & JUNGERS, *supra* note 6, at 61 (“Intersex: A person who was born with genitalia, secondary sexual characteristics, or both of indeterminate sex, or with features combined from both sexes. A more archaic and less preferred term for people who are intersex is hermaphrodite.”; “Androgynous: A person who has both feminine and masculine qualities and who may assume female and male roles.”); Brigit Katz, *California Becomes First State to Introduce Gender-Neutral Birth Certificates*, SMITHSONIAN.COM (Oct. 20, 2017), <https://www.smithsonianmag.com/smart-news/california-becomes-first-state-introduce-gender-neutral-birth-certificates-180965343/> (“California’s Gender Recognition Act defines non-binary as an ‘umbrella term for people with gender identities that fall somewhere outside of the traditional conceptions of strictly either female or male.’”); Evan Simko-Bednarski, *New York City birth certificates get gender-neutral option*, CNN, <https://edition.cnn.com/2019/01/03/health/new-york-city-gender-neutral-birth-certificate-trnd/index.html> (last updated Jan. 3, 2019).

20 See Christina Caron, *Californians Will Soon Have Nonbinary as a Gender Option on Birth Certificates*, N.Y. TIMES (Jan. 20, 2018), <https://www.nytimes.com/2017/10/19/us/birth-certificate-nonbinary-gender-california.html>; Katz, *supra* note 19; Leyland Cecco, *Transgender rights: Ontario issues first non-binary birth certificate*, THE GUARDIAN (May 8, 2018), <https://www.theguardian.com/world/2018/may/07/ontario-non-binary-birth-certificate-canada-transgender>.

21 See ÉRIKA FONTÁNEZ, *AMBIGÜEDAD Y DERECHO: ENSAYOS DE CRÍTICA JURÍDICA* (2014) (where the author explores the limits of the legal discourse and Property Law in dealing with different contexts of political turmoil and conflict in Puerto Rico).

22 Arroyo Gonzalez v. Rossello Nevares, 305 F. Supp. 3d 327, 334 (D.P.R. 2018).

IV. THE “NATURAL ATTITUDE”: AN UNQUESTIONED ASSUMPTION

What is a person’s *true gender*? Do we even have one true gender? We all have an idea of what gender means, at least we believe so. And how could we not? Most of us, as cis-gender,²³ walk through life without being forced to think about our gender. Our gender corresponds to what society considers appropriate. We all share an ideology of gender or “a cultural belief that informs [our] practices and attitudes regarding gender.”²⁴ The generally accepted gender ideology in our society holds that “there are two easily distinguished genders,” either male or female.²⁵ Susan Keller presents Suzanne Kessler and Wendy McKenna’s argument that this gender ideology is based on what they call the *natural attitude*. They define the natural attitude as an “unquestioned assumption governing our everyday lives ‘that every human being is either a male or a female’.”²⁶ The *Arroyo* Court also assumes a notion of gender uncritically and accepts, without even the slightest hesitation, the fact of two genders, either male or female, as a starting point. In so doing it has no problem to accept and reiterate that a true gender really exists. The *Arroyo* Court adopts as judicial knowledge, without question or proof, a binary definition of gender.

But, from where does the Court infer this binary notion of gender? Why does the Court assume that gender can only be either male or female? In *Gender Trouble*, Judith Butler suggests that “[t]he presumption of a binary gender system implicitly retains the belief in a mimetic relation of gender to sex whereby gender mirrors sex or is otherwise restricted by it.”²⁷ From a natural attitude perspective, which assumes a binary notion of gender, the idea that there is a mimetic relation between sex and gender—in which the first one, somehow, influences the latter—goes without question. But, what is the difference between sex and gender? How do these two concepts relate?

The sex-and-gender distinction was first introduced to dispute “the biology-is-destiny formulation.”²⁸ The biology-is-destiny formulation does not recognize a distinction between sex and gender, they are synonyms. Just as the natural attitude discussed by Kessler and McKenna, the biology-is-destiny formulation assumes, without question, that the assigned sex at birth must determine the way we live our gender. For that matter, if doctors, by their morphological observations, see what looks like a penis, they assign the newborn’s sex as male. On the

²³ GREGOIRE & JUNGERS, *supra* note 6, at 61 (“Cisgender: People who possess a gender identity or perform a gender role society considers appropriate for one’s sex.”).

²⁴ Susan Etta Keller, *Operations of Legal Rhetoric: Examining Transsexual and Judicial Identity*, 34 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 329, 339 (1999).

²⁵ *Id.*

²⁶ *Id.* at 340 (citing SUZANNE J. KESSLER & WENDY MCKENNA, GENDER: AN ETHNOMETHODOLOGICAL APPROACH 1 (1985)).

²⁷ JUDITH BUTLER, GENDER TROUBLE AND THE SUBVERSION OF IDENTITY 6 (1990).

²⁸ *Id.*

other hand, if they see something that looks like a vagina, they assign the newborn's sex as female. It must be clear to us all that the sex assignment at birth is not the result of a DNA test. The sex assigned at birth is not determined by any combination of X or Y chromosomes, but by a doctor's ocular inspection. If the doctor saw a penis, the newborn would usually be dressed in blue clothing and bought cars and mechanical equipment; if the doctor saw a vagina, the newborn would usually be dressed in pink clothing and bought a Fisher-Price kitchen. The sex assignment process imposes on that newborn, and in the imagination of its family and that of society in general, the gender it must perform throughout its life.²⁹ This is part of the imposition of *gender roles* or "[b]ehaviors, attitudes, values, emotions, beliefs, and attire that a particular cultural group considers appropriate for males and females on the basis of their biological sex".³⁰

While sex *appears* to be determined by biology, or the way our bodies look when we are born, gender is social and culturally constructed.³¹ Butler elaborates on the idea of gender as a social construct but focuses on the performativity of gender when she considers it as:

[A] kind of a doing, an incessant activity performed, in part, without one's knowing and without one's willing, it is not for that reason automatic or mechanical. On the contrary, it is a practice of improvisation within a scene of constraint. Moreover, one does not "do" one's gender alone. One is always "doing" with or for another, even if the other is only imaginary. What I call my "own" gender appears perhaps at times as something that I author or, indeed, own. But the terms that make up one's own gender are, from the start, outside oneself, beyond oneself in a sociality that has no single author (and that radically contests the notion of authorship itself).³²

Following this line of thought, gender appears to be neither a consequence or effect of sex, nor as immutable and determined as sex.³³ Rather, gender emerges as the social and cultural meanings that the sexed body assumes.³⁴ This radical discontinuity between sexed bodies and culturally constructed genders suggests that there is no logical deduction that demands those assigned *men* at birth to exclusively perform bodies of males or those assigned *women* at birth to enact solely female bodies.

29 GREGOIRE & JUNGERS, *supra* note 6, at 61 ("Gender role stereotypes: Socially determined models that contain the cultural beliefs about what the gender roles should be.").

30 *Id.*

31 BUTLER, *supra* note 27, at 7 (Butler goes even further and questions the generally accepted idea that sex is biologically determined, and states that sex is socially constructed as well: "If the immutable character of sex is contested, perhaps this construct called sex is as culturally constructed as gender; indeed, perhaps it was always already gender, with the consequence that the distinction between sex and gender turns out to be no distinction at all.").

32 JUDITH BUTLER, UNDOING GENDER 1 (2004).

33 BUTLER, *supra* note 27, at 6.

34 *Id.*

The list of documents to be presented along with the *Request to Change Transgender Persons' Gender Marker* form further illustrates the Arroyo Court's notion of gender. The healthcare professional or mental health professional with whom the person has a doctor-patient relationship has to certify, based on his or her professional opinion, first, the true gender of the applicant and, second, that it is expected that this true gender will continue to be the gender with which the applicant will identify him or herself in the future. As discussed in this section, the expected expert opinion of the healthcare professional, in order to comply with this court order, must assume that gender is a "relatively permanent phenomenon."³⁵ Apparently, "gender can only be diagnosed if it meets the test of time."³⁶ In some sense, the Arroyo Court assumes that "gender norms are relatively fixed, and that the problem is making sure that you find the right one, [the true gender] the one that will allow you to feel appropriate where you are, comfortable in the gender that you are."³⁷ This stable and absolute notion of gender forgets that "[l]ife histories are histories of becoming, and categories can sometimes act to freeze that process of becoming."³⁸ In that sense, juridical discourse—and the medical and psychological discourse for that matter—, through its efforts in producing general and abstract categories which suits to understand and assort all human experiences, serves as a normalizing agent of traditional and unquestioned notions of gender. These undisputed assumptions set the ground for discrimination and stigmatization against those human experiences which transgress traditional gender ideology, with consequences far too painful to discuss in this Article.³⁹

V. FROM GENDER IDENTITY DISORDER TO GENDER DYSPHORIA

Another influential factor in this case appears to be the fact that plaintiffs were all diagnosed with *gender dysphoria*. The pathologizing of the transgender status or transgenderism is something to be skeptical about. What is to be transgender? Who does the law recognize as transgender? Is being a transgender some kind of

³⁵ BUTLER, *supra* note 32, at 81.

³⁶ *Id.*

³⁷ *Id.* at 95.

³⁸ *Id.* at 80.

³⁹ See Sally Weale, *Almost half of trans pupils in UK have attempted suicide, survey finds*, THE GUARDIAN (Jun. 27, 2017), <https://www.theguardian.com/education/2017/jun/27/half-of-trans-pupils-in-the-uk-tried-to-take-their-own-lives-survey-finds>; Michael Nedelman, *9-year-old died by suicide after he was bullied, mom says*, CNN, <https://www.cnn.com/2018/08/28/health/preteen-suicide-jamel-myles/index.html> (last updated Aug. 29, 2018); Daniel Kreps, *Transgender Teen Who Fought Bullying Online Commits Suicide*, ROLLING STONE (Apr. 10, 2015), <https://www.rollingstone.com/culture/culture-news/transgender-teen-who-fought-bullying-online-commits-suicide-59169/>; Josh Katzowitz, *Transgender game developer who'd been bullied online dies by suicide*, THE DAILY DOT (Jun. 25, 2018), <https://www.dailydot.com/irl/chloe-sagal-suicide-cyberbullying-harassment/>; Maria Guido, *This 12-Year-Old Transgender Boy Died By Suicide. Use The Right Pronouns When Talking About HIS Death*, SCARY MOMMY (April 6, 2018), <https://www.scarymommy.com/chance-houle-transgender-suicide-pronouns/>.

pathology? Is transgenderism the consequence of some kind of psychological trauma or hormonal imbalance that can only be cured by some medical treatment? In 2012, the American Psychiatric Association (A.P.A.) announced the revision of the manual known as the DSM-5 that classifies mental illnesses.⁴⁰ This revision eliminated the term *gender identity disorder* and replaced it with *gender dysphoria*.⁴¹ For them, this change meant a transition from considering all transgenders as mentally ill to focusing their attention on only those who feel distressed by their gender identity.⁴² We still feel that this transition from one term to another is unhelpful in eradicating the stigma caused by the category altogether. Jack Drescher, member of the A.P.A. group that worked on the Sexual and Gender Identity revision for the DSM-5, said, with respect to the removal from the DSM of the homosexual diagnosis in 1973, that it changed world opinion on homosexuality.⁴³ We believe that so may be the case with gender dysphoria and transgenderism. Nonetheless, our healthcare system has been structured to demand from transgender persons the gender dysphoria diagnosis to guarantee healthcare access, such as hormonal treatment and counseling. For that reason, “[m]any LGBT+ activists felt that the gender dysphoria diagnosis could be a powerful legal tool when challenging discrimination in health insurance plans and services.”⁴⁴ We must be careful about the medicalization discourse because any medical anomaly or sickness can or should be cured by medical treatment. This logic might lead us to a dangerous path, especially in a fundamentalist society.

The gender dysphoria rhetoric assumes that simply because someone of a given gender manifests attributes of another gender—or simply a *desire* to live as another gender—they must be suffering from some kind of mental illness or emotional distress. This approach serves to reproduce the *natural attitude* towards gender discussed in the previous section, by assuming a coherent gendered life that “demeans the complex ways in which gendered lives are crafted and lived.”⁴⁵ The irony is that while the gender dysphoria diagnosis attributed to transgenders, without a doubt, implies a medicalization, our health system is so structured that undergoing that pathologizing process “constitutes one of the important ways in which the desire to change one’s sex might be satisfied.”⁴⁶ Thus, the fundamental question is, how can we think and rearrange our institutional structures so that this conflict can be ameliorated?

The gender dysphoria diagnostic focuses its attention to those transgenders who feel distress by their gender identity. In doing so, this definition assumes that

40

41 Moni Basu, *supra* note 40.

42 *Id.* (quoting Jack Drescher).

43 *Id.*; see also Jack Drescher, M.D., JACKDRESCHERMD.NET, <http://www.jackdreschermd.net/> (last visited Jan. 22, 2019).

44 Moni Basu, *supra* note 40.

45 BUTLER, *supra* note 27, at 4-5.

46 *Id.* at 5.

the feelings of distress and discomfort are the consequence of being in the wrong gender, “and that conforming to a different gender norm, if viable for the person in question, will make one feel much better.”⁴⁷ What the diagnosis does not dare to ask is whether there is a problem with the generally assumed static and intransigent notion of gender, or the natural attitude towards gender. Are these traditional gender norms the ones responsible in producing distress and discomfort to our transgender peers? Do these unquestioned assumptions provide the justification needed to discriminate and stigmatize our fellow human beings? Does the feelings of distress and discomfort in transgenders lie in their own nature as transgender, or, rather in society itself, outside of themselves? Is society as a whole, by reproducing traditional gender norms, the one responsible in making transgender lives unbearable?

CONCLUSION

As widely discussed in this Article, some of the ideas that justified the Court’s decision in *Arroyo v. Rosselló* should be questioned. The *Arroyo* Court assumes without question a binary notion of gender, and in so doing some life experiences are relegated. The juridical and medical discourse immersed with the natural attitude towards gender, reproduces traditional gender ideology and serves as an excuse to stigmatize and discriminate against those who transgress those norms. The gender dysphoria diagnosis, fundamental for this decision, aids in reproducing this discrimination and stigmatization. Nonetheless, it is imperative to redesign and rearrange the institutional structures that makes it possible for transgenders to transition. Before we even start talking about eradicating the diagnosis altogether, an alternate process must be put in place to assist our fellow transgenders, economically, legally and socially, in their process and desire to live their life in accordance with their identity.

⁴⁷ BUTLER, *supra* note 32, at 95.

EL EXCESO DE CONFIANZA EN LOS ABOGADOS

NOTA

AMILKAR O. CRUZ PASTRANA*

INTRODUCCIÓN

DESDE HACE ALGUNAS DÉCADAS, SE HA EXPERIMENTADO UN CAMBIO EN LA visión y el paradigma que describía al inversionista en el mercado financiero. Antes, esta se analizaba desde el paradigma racional, el cual percibía al inversionista como una persona que tomaba decisiones racionales. Ahora, se le percibe como una persona que está influenciada por sesgos psicológicos.¹ Esta nueva visión es en gran manera estudiada desde la disciplina de *behavioral finance*, la cual destaca el exceso de confianza (*overconfidence*) como uno de los sesgos de mayor influencia en el comportamiento de los inversionistas.²

Sin embargo, el exceso de confianza no es solo una característica exclusiva que distingue a los inversionistas en el mercado financiero. Varias investigaciones han demostrado la existencia de este sesgo en diferentes profesionales, distintos campos del saber, contextos y culturas. De igual manera, se ha utilizado para explicar o justificar otras circunstancias, entre las cuales podemos mencionar guerras, huelgas, controversias jurídicas, fracasos empresariales y burbujas del mercado de valores.³ Entre estas investigaciones se encontró la presencia de inclinación a un

* El autor es estudiante de cuarto año del Programa Conjunto J.D./M.B.A. de la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico. Fue miembro del Cuerpo Editorial de los Volúmenes 85, 86 y 87 de la Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico en calidad de Editor Asociado, Editor de Citación y Editor de Contenido respectivamente. Actualmente, se encuentra como estudiante interno en la oficina del Hon. Edgardo Rivera García, juez asociado del Tribunal Supremo de Puerto Rico.

¹ Kent Daniel & David Hirshleifer, *Overconfident Investors, Predictable Returns, and Excessive Trading*, 29 J. ECON. PERSP. 61-62 (2015), <https://pubs.aeaweb.org/doi/pdfplus/10.1257/jep.29.4.61>.

² *Id.* en la pág. 61.

³ Véanse CADE MASSEY & RICHARD H. THALER, THE LOSER'S CURSE: OVERCONFIDENCE VS. MARKET EFFICIENCY IN THE NATIONAL FOOTBALL LEAGUE DRAFT 1-56 (2010), http://opim.wharton.upenn.edu/DPlab/papers/workingPapers/Massey_working_The%20Loser%092s%020Curse.pdf; Don A. Moore & Paul J. Healy, *The Trouble with Overconfidence*, 115 PSYCH. REV. 502 (2008), <https://pdfs.semanticscholar.org/bd48/3defd23589a08065e9dccc7713e928abacfbfd.pdf>; Ulrike Malmendier & Geoffrey Tate, *CEO Overconfidence and Corporate Investment*, 60 J. FIN. 2661 (2005), <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/j.1540-6261.2005.00813.x>; Philipp Koellinger *et al.*, "I Think I Can, I Think I Can": *Overconfidence and Entrepreneurial Behavior*, 28 J. ECON. PSYCHOL. 502 (2007), https://www.academia.edu/12958513/I_think_I_can_I_think_I_can_Overconfidence_and_entrepreneurial_behavior; Douglas W. Allen & Dean Lueck, *Risk Preferences and the Economics of Contracts*, 85 AM. ECON. REV. 447 (1997), https://www.jstor.org/stable/2117964?seq=1#metadata_info_tab_contents.

exceso de confianza en las siguientes profesiones: en la medicina, en la aparcería, en los oficiales y directores ejecutivos de una empresa, en los emprendedores, sobre las predicciones de la Liga Nacional de Fútbol, en los psicólogos y entre muchos otros más.⁴ Pero, para efectos de este escrito, me enfocaré en el campo de lo jurídico, es decir, en el comportamiento de los abogados dentro de la profesión legal.

I. PREDISPOSICIÓN HACIA LA PROFESIÓN LEGAL

El ejercicio de la profesión legal requiere una educación formal en derecho y una educación jurídica continua a lo largo de la carrera. Los abogados adquieren mayor conocimiento y experiencia en la profesión a través de diferentes herramientas y mecanismos educativos entre los cuales se destacan seminarios, lecturas independientes, experiencias y conversaciones con colegas, entre otros. Por un lado, todas estas dinámicas contribuyen al mejoramiento en el desempeño de su profesión, pero por otro, también contribuyen a que los abogados se sientan más seguros de sí mismos y tiendan a predecir los resultados de sus casos.

Lo anterior es muy importante, pues es en el uso y aplicación de estos conocimientos que los abogados trazan estrategias jurídicas que les sirven como objetivos para lograr la victoria de los litigios venideros.⁴ Es decir, desde el momento en que un cliente consulta por primera vez a un abogado hasta que se resuelve la controversia, los abogados se encuentran en una posición de asesoría en la cual deben establecer los objetivos del caso y estimar su probabilidad de éxito. No obstante, en este ejercicio de la práctica legal, al igual que en otras profesiones, los abogados también exhiben una tendencia o predisposición hacia el sesgo de exceso de confianza en sus destrezas y conocimientos. Sin embargo, antes de entrar en materia sobre cómo se refleja esta tendencia en la conducta de los abogados, es necesario precisar cómo los académicos han desarrollado y discutido el concepto del sesgo de exceso de confianza.

II. ASPECTOS GENERALES SOBRE EL SESGO DE EXCESO DE CONFIANZA

El sesgo de exceso de confianza es un fenómeno psicológico generalizado y se asocia con un conjunto de variables relacionadas entre sí.⁵ Se refiere a la tendencia de los individuos a exagerar su probabilidad de éxito al mismo tiempo que subestiman su vulnerabilidad a los riesgos que acarrearán sus decisiones.⁶ Además, se ha

⁴ *Id.*

⁴ Véase PETER W. ENGLISH & BRUCE D. SALES, MORE THAN THE LAW: BEHAVIORAL AND SOCIAL FACTS IN LEGAL DECISION MAKING 85 (2005).

⁵ Daniel & Hirshleifer, *supra* nota 1, en la pág. 62.

⁶ Jayashree Mahajan, *The Overconfidence Effect in Marketing Management Predictions*, 29 J. MARKETING RESEARCH 329 (1992), <https://www.jstor.org/stable/pdf/3172743.pdf?refreqid=excelsior%03A42e6d7dfdoabb536aab90869048do81d>.

descrito esto como la sobreestimación de probabilidades exitosas para un conjunto de eventos. Diferentes estudios han demostrado que las personas tienden a exhibirse demasiado confiadas al evaluar sus propias habilidades y conocimientos relativos y que son poco realistas al evaluar la probabilidad de cumplir con éxito sus metas futuras.⁷

En este sentido, se ha encontrado que las personas tienden a ser demasiado optimistas acerca de los resultados que creen que pueden controlar y toman demasiado crédito por su éxito, mientras que tienden a culpar a otros factores por el fracaso o el bajo rendimiento de sus acciones o decisiones.⁸ Estudios recientes han distinguido tres formas de exceso de confianza: la sobre estimación, la sobre posición y la sobre precisión.⁹ La sobre estimación es la percepción exagerada de la capacidad, el rendimiento o la posibilidad de éxito de una persona. La sobre posición, por otro lado, describe el juicio relativo de uno mismo en comparación con los demás. Por último, la sobre precisión es una “certeza excesiva con respecto a la exactitud de las creencias de uno”.¹⁰ Entonces, dado este marco teórico, ¿cómo se explica el sesgo excesivo de confianza de los abogados?

III. REFLEJO DE EXCESO DE CONFIANZA EN LA CONDUCTA DE LOS ABOGADOS

Nuestro sistema legal de justicia es reconocido por ser uno adversativo y rogado. Es decir, son las partes de un caso las que traen ante la consideración del tribunal una controversia que necesita ser resuelta. En ese ejercicio, los abogados juegan un rol determinante; tienen la obligación ética de defender con celo la representación de sus clientes.¹¹ En ese sentido, los abogados son los responsables en delinear una estrategia legal que mejor represente los intereses de su cliente y que, a su vez, logre convencer al juez o jurado sobre la reivindicación de un derecho o el derecho a un remedio jurídico. Esto tiene como consecuencia que los abogados puedan comportarse de manera persuasiva y expresen un exceso de confianza en su posición, tanto con sus clientes como en las cortes.

En investigaciones previas, los autores Rehm & Gadenne han señalado que las predicciones de los expertos sobre la probabilidad de eventos estaban

7 Véanse DANIEL KAHNEMAN & AMOS TVERSKY, PREFERENCE, BELIEF AND SIMILARITY 729-46 (2004), <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.371.8926&rep=rep1&type=pdf#page=746>; Colin Camerer & Dan Lovallo, *Overconfidence and Excess Entry: An Experimental Approach*, 89 AM. ECON. REV. 306 (1999), http://www.its.caltech.edu/~camerer/AER_Overconfidence.pdf; Neil D. Weinstein, *Unrealistic Optimism About Future Life Events*, 39 J. PERSONALITY & SOC. PSYCHOL. 806 (1980), <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.535.9244&rep=rep1&type=pdf>.

8 Troy A. Paredes, *Too Much Pay, Too Much Deference: Behavioral Corporate Finance, CEOs, and Corporate Governance*, 32 FLA. ST. U. L. REV. 673, 690 (2005).

9 Moore & Healy, *supra* note 3.

10 *Id.*

11 Véase CÓD. ÉTIC. PROF. 18, 4 LPRA Ap. IX, § 18 (2012); *In re Filardi Guzmán*, 144 DPR 710 (1998).

influenciadas por la persona para quien trabajaban y que el exceso de confianza era más frecuente cuando el experto tenía cierto grado de compromiso e interés emocional en el resultado.¹² Por otro lado, un factor adicional que determina el sesgo de exceso de confianza en las predicciones de los abogados se encuentra relacionado al deseo sobre la percepción de control del abogado.¹³ Es decir, esta percepción de control hace que el abogado esté más predispuesto a tener el sesgo de exceso de confianza sobre las estimaciones de los resultados del caso. Debido a esto, los altos niveles de confianza pueden afectar el razonamiento objetivo y lógico de los abogados cuando intentan evaluar de manera realista la probabilidad de éxito del caso.¹⁴ Por lo tanto, en esa misma línea lógica de pensamiento, la predicción o probabilidad de éxito de ganar el caso no solamente permea la relación del cliente con el abogado, sino que tiene serias consecuencias prácticas en el sistema legal.

Estas consecuencias giran en torno, por un lado, a la reputación legal y el éxito financiero del abogado tanto a corto y largo plazo, y por el otro, a la satisfacción del cliente con los servicios rendidos por el abogado.¹⁵ Dicho de otro modo, los errores de juicio de los abogados pueden ser costosos tanto para ellos como para sus clientes, así como también pueden ser una carga innecesaria para un sistema de justicia ya atestado.¹⁶ En este sentido, al actuar bajo el sesgo del exceso de confianza, los abogados pueden exponerse a posibles querrelas éticas en su contra por impericia profesional que impliquen un serio daño a su carrera profesional.¹⁷

¹² JURGEN T. REHM & VOLKER GADENNE, INTUITIVE PREDICTIONS AND PROFESSIONAL FORECASTS: COGNITIVE PROCESSES AND SOCIAL CONSEQUENCES 94-95 (1990), https://books.google.com.pr/books?hl=en&lr=&id=yIgoBQAAQBAJ&oi=fnd&pg=PP1&dq=Intuitive+predictions+and+professional+forecasts:+Cognitive+processes+and+social+consequences&ots=MYJ4RdQ8wT&sig=2-llwx64wsr1Q4C6vjP-1WwqL7Y&redir_esc=y#v=onepage&q=Intuitive%20predictions%20and%20professional%20forecasts%3A%20Cognitive%20processes%20and%20social%20consequences&f=false.

¹³ Steven P. Dysktra & Stephen J. Dollinger, *Model Competence, Depression, and the Illusion of Control*, 28 BULLETIN OF THE PSYCHOECONOMIC SOCIETY 235 (1990), <https://link.springer.com/content/pdf/10.3758%2FBF03334013.pdf>; Thomas A. Langens, *Regulatory Focus and Illusions of Control*, 33 PERSONALITY AND SOCIAL-PSYCHOLOGY BULLETIN 226 (2007), <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/0146167206293494>.

¹⁴ Jane Goodman-Delahunty *et al.*, *Insightful or wishful: Lawyers' ability to predict case outcomes*, 16 PSYCHOL., PUB. POLY & L. 133 (2010).

¹⁵ *Id.*

¹⁶ *Id.* en la pág. 134.

¹⁷ Entre los cánones que se podrían estar violentando por el sesgo de exceso de confianza se encuentran el canon 18 y el canon 19. El canon 18, sobre competencia del abogado y consejo al cliente, establece lo siguiente:

Será impropio de un abogado asumir una representación profesional cuando está consciente de que no puede rendir una labor idónea competente y que no puede prepararse adecuadamente sin que ello aparezca gastos o demoras irrazonables a su cliente o a la administración de la justicia.

Es deber del abogado defender los intereses del cliente diligentemente, desplegando en cada caso su más profundo saber y habilidad y actuando en aquella forma que la profesión jurídica en general estima adecuada y responsable.

Como sabemos, el interés principal de las reglas y normas éticas de la profesión es promover el desempeño profesional y personal de los abogados de acuerdo con los más altos principios de conducta decorosa en beneficio de la profesión legal, la sociedad y las instituciones de justicia en Puerto Rico.¹⁸ En ese sentido, es pertinente mencionar que el contenido del Código de Ética Profesional versa sobre cuatro criterios generales y treinta y ocho cánones que se encuentran divididos en deberes de los abogados para con la sociedad,¹⁹ para con los tribunales,²⁰ para con sus clientes,²¹ y sobre la relación entre el abogado y sus compañeros.²² Los abogados deben comportarse conforme a lo dispuesto por estos cánones porque ante cualquier conducta que se aparte de estas reglas, el Tribunal Supremo podrá sancionar al abogado con alguna de las siguientes medidas disciplinarias: apercibir, amonestar o censurar enérgicamente al abogado; suspenderlo por un término específico o indefinidamente, e imponerle sanciones económicas o la devolución de honorarios de abogado, con la finalidad de que no vuelva a incurrir en una conducta determinada.²³

Por otro lado, pero intrínsecamente relacionado a lo anterior, se encuentra la satisfacción del cliente con los servicios rendidos por el abogado. Esta satisfacción dependerá en cierta medida, de las predicciones o asesoría exitosa que ofrezcan los abogados a sus clientes. En otras palabras, un abogado que aconseja a los clientes que inicien un litigio sin predecir algún resultado exitoso, sería un abogado

Este deber de desempeñarse en forma capaz y diligente no significa que el abogado puede realizar cualquier acto que sea conveniente con el propósito de salir triunfante en las causas del cliente. La misión del abogado no le permite que en defensa de un cliente viole las leyes del país o cometa algún engaño. Por consiguiente, al sostener las causas del cliente, debe actuar dentro de los límites de la ley, teniendo en cuenta no sólo la letra de ésta, sino el espíritu y los propósitos que la informan. No debe tampoco ceder en el cumplimiento de su deber por temor a perder el favor judicial ni la estimación popular. No obstante, un abogado puede asumir cualquier representación profesional si se prepara adecuadamente para ello y no impone gastos ni demoras irrazonables a su cliente y a la administración de la justicia.

El canon 19, sobre información al cliente, establece lo siguiente:

El abogado debe mantener a su cliente siempre informado de todo asunto importante que surja en el desarrollo del caso que le ha sido encomendado.

Siempre que la controversia sea susceptible de un arreglo o transacción razonable debe aconsejar al cliente el evitar o terminar el litigio, y es deber del abogado notificar a su cliente de cualquier oferta de transacción hecha por la otra parte.

El abogado que representa varios clientes con intereses comunes o relacionados entre sí no debe transigir ninguno de los casos envueltos sin que cada cliente esté enterado de dicha transacción y sus posibles consecuencias.

CÓD. ÉTIC. PROF. 18, 4 LPRA Ap. IX, §§ 18-19 (2012).

¹⁸ *In re Gordon Menéndez I*, 171 DPR 210 (2007).

¹⁹ 4 LPRA Ap. IX, §§ 1-8.

²⁰ *Id.* §§ 9-17.

²¹ *Id.* §§ 18-29.

²² *Id.* §§ 27-38; Guillermo Figueroa Prieto, *Ética y Conducta Profesional*, 86 REV. JUR. UPR 431, 486 (2017).

²³ SIGFRIDO STEIDEL FIGUEROA, *ÉTICA Y RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA DEL ABOGADO* 364-68 (2010).

con pocos clientes. Ahora bien, esto no quiere decir que estas predicciones sobre el resultado del caso tienen que garantizar el éxito. Sin embargo, lo que decimos es que estas no deben estar afectadas por el sesgo de exceso de confianza. Una cosa es predecir y otra diferente es garantizar. Es decir, un cliente estará más satisfecho con un abogado que sea preciso y objetivo al detallar los posibles resultados del caso. Así pues, hay que tener en consideración, que son las predicciones objetivas de los abogados las que permiten que el sistema de justicia funcione sin un mayor volumen de casos.

IV. ESTUDIOS QUE CONFIRMAN EL EXCESO DE CONFIANZA EN LOS ABOGADOS

Insightful or wishful: Lawyers' Ability to Predict Case Outcomes,²⁴ el estudio más grande en la práctica legal en América, involucra datos extraídos de casos reales sobre la capacidad de los abogados para predecir el resultado de sus casos. Los hallazgos expanden estudios previos sobre el exceso de confianza en los abogados de la defensa, así como en las predicciones de los fiscales en casos criminales. De igual manera, expone cómo esto ocurre en el caso del demandante y el recurrido en los casos civiles.²⁵ El estudio investigó la certeza o veracidad de las predicciones de una muestra de 481 abogados en todo Estados Unidos que especificó un objetivo mínimo para lograr en un caso establecido para juicio.²⁶ Los abogados estimaron sus posibilidades de alcanzar este objetivo proporcionando una estimación de confianza. Una vez resueltos los casos, se compararon los resultados de los casos con las predicciones. Dicha investigación reveló que los abogados, con frecuencia, cometieron errores de juicio importantes, mostrando una tendencia al exceso de optimismo. Las estimaciones más sesgadas se expresaron con una confianza inicial muy alta: en estos casos, los hombres abogados eran extremadamente exagerados.²⁷ No obstante, las mujeres abogadas estaban ligeramente mejor calibradas que sus compañeros abogados masculinos y mostraron evidencia de menor exceso de confianza.²⁸ En un intento por reducir el exceso de confianza, se les pidió a algunos abogados que generaran razones por las cuales podrían no lograr los objetivos establecidos. Esta manipulación no mejoró la calibración. Estos hallazgos son consistentes con una gran cantidad de literatura que documenta el exceso de confianza.²⁹

²⁴ Goodman-Delahunty, *supra* nota 15.

²⁵ Elizabeth F. Loftus & Willem A. Wagenaar, *Lawyers' Predictions of Success*, 28 JURIMETRICS J. 437-53 (1988).

²⁶ Goodman-Delahunty, *supra* nota 15, en la pág. 138.

²⁷ *Id.* en las págs. 141-43.

²⁸ *Id.* en la pág. 139.

²⁹ Véanse Gerd Gigerenzer *et al.*, *Probabilistic Mental Models: A Brunswikian Theory of Confidence*, 98 PSYCH. REV. 506-28 (1991); Daniel Kahneman & Amos Tversky, *Judgments Under Uncertainty: Heuristics and Biases* 185 SCIENCE 1124 (1974); Moore & Healy, *supra* nota 3, en las págs. 502-17.

Do Lawyers Really Believe Their Own Hype, and Should They: A Natural Experiment,³⁰ demostró un experimento natural que involucró a estudiantes de derecho participantes de juicios simulados (*moot courts*) en cuatro estados de Estados Unidos durante dos años. De acuerdo con los autores, uno de los propósitos de su investigación fue eliminar algunos sesgos de selección,³¹ que a su entender, contaminaban su muestra investigativa. Por esto, seleccionaron aleatoriamente el rol de los estudiantes en los casos para demostrar si estos futuros abogados —una vez superado el sesgo de selección— sufrían de exceso de confianza con sus clientes.

Los hallazgos de este estudio revelaron que los estudiantes percibieron de gran manera que los méritos legales favorecían a la parte a la que fueron asignados aleatoriamente para representar.³² En otras palabras, los estudiantes entendían que el Derecho asistía la posición que ellos representaban sin necesidad de responder a la necesidad del cliente *per se*. Sin embargo, también encontraron que el exceso de confianza estaba asociado con el desempeño más pobre en la defensa de los clientes que fueron representados por aquellos estudiantes que llegaron en las posiciones más bajas de la competencia.³³ Es decir, el exceso de confianza quedó demostrado en los razonamientos más pobres del debate. El estudio concluyó resaltando que estos hallazgos implican una responsabilidad y deber de las escuelas de derecho de informar a los estudiantes sobre la predisposición de exceso de confianza en su comportamiento y sobre los perjuicios que esto puede ocasionar a sus clientes y a ellos mismos.³⁴

CONCLUSIÓN

A menudo, los abogados sobrestiman sus posibilidades de éxito cuando predicen los resultados en sus casos civiles y penales. Este fue el resultado de las investigaciones realizadas sobre este tema. Entre las posibles causas para que suceda el sesgo de exceso de confianza confirmamos que se encuentra la presión que se imponen los abogados por retener o aumentar su cartera de clientes, así como también, en las ocasiones en las que desean demostrar un mayor control de la situación o del proceso. Sin duda alguna, esto es un tema muy pertinente que se debe enseñar en las escuelas de derecho para que los estudiantes estén conscientes de esta realidad y puedan evitar o prever esta situación con sus clientes. De lo contrario, podrían enfrentar frustraciones e impericia en la práctica legal.

³⁰ Zef J. Eigen & Yair Listokin, *Do Lawyers Really Believe Their Own Hype, and Should They: A Natural Experiment*, 41 J. LEGAL STUD. 239 (2012).

³¹ *Id.* (estos sesgos de selección están relacionados a que los abogados seleccionan por sí mismos: (1) el área del Derecho en la que practican; (2) la parte a quienes representan dentro de esa área; (3) las firmas en las que practican, y (4) los clientes que representan).

³² *Id.* en la pág. 263.

³³ *Id.* en la pág. 264.

³⁴ *Id.* en la pág. 265.

MUJERES CONFINADAS: UN SILENCIO QUE GRITA

COMENTARIO

OMAYRA TORRES SÁNCHEZ*

DESDE EL SILENCIO CASI OBLIGATORIO, VIVO MUY DE CERCA EL SISTEMA “rehabilitador”. La mujer nace libre, pero es estigmatizada por una sociedad en la que impera la ignorancia. El discrimen está presente en todos los procesos que involucran la población femenina en los espacios de confinamiento.

Cuando las mujeres delinquen, son acusadas en el proceso judicial y se manifiesta inmediatamente la desigualdad por razón de género. Cuando es sometida al proceso, no solo es juzgada por el delito cometido; también es juzgada por el mero hecho de ser mujer y por haber faltado a su rol de madre, esposa y ama de casa. Esto, según las reglas de una sociedad patriarcal.

Una vez sentenciadas y en la cárcel, se enfrentan al sistema de “rehabilitación”, donde no son reconocidos sus derechos humanos, obviando que la entrada a prisión es solo una pena privativa de libertad por un mandato judicial. La sentencia se traduce en una supresión de muchas otras facultades que se supone que cobijen y a las que tengan acceso las confinadas.

Según la Carta de Derechos de Puerto Rico, “[l]a dignidad del ser humano es inviolable”.¹ Sin embargo, la dignidad de cada confinada es violada perpetuamente. Una de las mejores muestras de esto es el proceso rutinario de “seguridad” en el que la confinada es sometida a un registro obligatorio al desnudo, lo que resulta vergonzoso y humillante. Lo que se supone que sea la intimidad y el templo sagrado de cada mujer es observado minuciosamente por una persona totalmente desconocida. El proceso intentará asegurar un protocolo, pero olvida por completo la dignidad.

Por otro lado y como parte de otro protocolo, también de seguridad, se establece visitar por cristales, lo que aleja el cariño de las familias, de los hijos de las mujeres privadas de libertad que no dejan de ser madres, hermanas e hijas independientemente del delito que puedan haber cometido, y haciendo del momento en el que se supone que sea de amor, fortalecimiento y apoyo, el más frívolo e insensible. Esto ha causado y seguirá causando daños irreversibles a cada persona sometida a tan cruel proceso. En algunos casos, y del cual soy ejemplo, pues tuve mi único hijo en este confinamiento, las mujeres confinadas son separadas de sus hijos de inmediato al momento de nacer. El lazo especial, místico y único entre

* Estudiante confinada en el Complejo de Rehabilitación de Bayamón y participante del proyecto piloto de educación universitaria en el sistema penitenciario de Puerto Rico.

1 CONST. PR art. II § 1.

madre e hijo se rompe violentamente. La total imposibilidad de cumplir con su faceta de madres es una circunstancia normal en la vida de las mujeres encarceladas. El sistema penal no cuenta con programas cuyos criterios para recibir beneficios no sean a base de las sentencias de las mujeres que se convierten en madres en los espacios de confinamiento. ¡Es inhumano que una madre no pueda acoger en su seno a su hijo recién parido! ¿Qué mejor motivación puede haber para rehabilitarse y desear reincorporarse a la sociedad? Se olvida el sistema de que, más allá de ser confinadas somos seres humanos sensibles y que una sentencia no tiene el poder de cambiar la condición humana por una robótica.

Por otra parte, cada ciudadano, cada mujer tiene derecho a la educación. Sin embargo, el sistema penitenciario de Puerto Rico no reconoce la educación como un derecho sino como un privilegio. En ese campo de la educación, las mujeres confinadas se encuentran en una evidente desventaja pues siempre han estado asignadas a trabajos dirigidos a la cocina, panadería, mantenimiento y artesanías; habilidades poco rentables que no les ayudan a subsistir cuando se reincorporan en la sociedad. Las necesidades de las mujeres encarceladas son significativamente diferentes a la de los hombres encarcelados, a favor de quienes se han creado e implementado las instituciones, programas y políticas existentes.

En el caso de los confinados, le han dado prioridad a la educación académica. Hace muchos años los estudios universitarios comenzaron en las cárceles para varones, iniciados por el padre Fernando Picó. ¿Porqué no se les reconoce a las féminas el acceso a las mismas oportunidades? No fue hasta muy poco tiempo que le brindaron la oportunidad de comenzar su preparación académica a un grupo muy reducido de mujeres, quedando en evidencia el discrimen por género.

Este trato desigual también se manifiesta contra la mujer por el mero hecho de haber cruzado las puertas de la cárcel con un denominador común: un expediente criminal que no les permite la reincorporación a un trabajo que les ayude a tener una buena calidad de vida. ¿Qué queda entonces? La reincidencia o la dependencia de algunas posibles ayudas del gobierno.

El sistema penitenciario en Puerto Rico ha fracasado. Las prisiones son estructuras de violencia y mecanismos de castigo vestidas de una falsa intención rehabilitadora. Las prisiones no cumplen con su finalidad educativa, de transmisión de valores, respeto y de reinserción. Juegan un papel punitivo y destructor de la persona, tanto físico como psicológico.

Tristemente, la responsabilidad vuela y no recae en quienes deben cambiar su visión, su compromiso y su quehacer con el principio sagrado de rehabilitar. Mientras tanto, se desgarran en dolor las voces silenciadas de las que siguen siendo humanas, ¡humanas!: las confinadas.

**ALCANCE DE LA RETROACTIVIDAD DE LAS NORMAS
CONSTITUCIONALES ENUNCIADAS JURISPRUDENCIALMENTE:
UNA RÉPLICA AL PROFESOR ERNESTO CHIESA**

COMENTARIO

IRIS Y. ROSARIO NIEVES*

INTRODUCCIÓN

EN *PUEBLO V. TORRES IRIZARRY*,¹ EL TRIBUNAL SUPREMO DE PUERTO RICO atendió la controversia en cuanto a si la norma esbozada en *Pueblo v. Sánchez Valle*,² debía ser aplicada de manera retroactiva a un caso que, al momento de publicada dicha norma, no había advenido final y firme. Entre otras cosas, el máximo foro puertorriqueño concluyó, de manera general, que *Sánchez Valle* tiene efecto retroactivo en todo caso en el que no haya recaído sentencia firme.³

En ese sentido, es importante aclarar desde un principio que el tema sobre la aplicación de las normas constitucionales enunciadas jurisprudencialmente es altamente complejo. Esto es consecuencia precisamente del hecho de que las reglas para aplicar o no retroactivamente una nueva norma constitucional dependen (de acuerdo con lo ordenado en *Teague v. Lane*,⁴ y reiterado en *Montgomery v. Louisiana*)⁵ de si la norma constitucional anunciada es de naturaleza sustantiva, procesal medular,⁶ (*watershed*) o meramente procesal. La catalogación que se haga de la norma en cuestión tendrá como resultado, que la misma se aplique extensamente de forma retroactiva, aun a casos que ya hayan advenido finales y firmes o

* Asesora Legal de la Sociedad para Asistencia Legal de Puerto Rico y Profesora Adjunta de la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico. Posee una especialización en Derecho Humanos y Estudios Críticos del Derecho (Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2018), una maestría en Derecho Penal de la Universidad de Palermo, Argentina, y un J.D. y B.A. del Recinto de Río Piedras de la Universidad de Puerto Rico.

1 *Pueblo v. Torres Irizarry*, 199 DPR 11 (2017).

2 *Pueblo v. Sánchez Valle*, 192 DPR 594 (2015).

3 En este artículo no es mi interés resumir los hechos del caso; por lo que, creo pertinente redirigir al lector al contenido del análisis del término al que se reacciona, si es que se pretende leer un resumen detallado sobre los hechos en cuestión o al caso propiamente. Véase Ernesto L. Chiesa Aponte, *Derecho Procesal Penal*, 88 REV. JUR. UPR 222 (2019) <http://revistajuridica.uprrp.edu/wp-content/uploads/2019/03/Derecho-Procesal-Penal-.pdf>.

4 *Teague v. Lane*, 489 U.S. 288 (1989).

5 *Montgomery v. Louisiana*, 136 S. Ct. 718 (2016).

6 Agradezco al Profesor Oscar Miranda Miller quien al leer este escrito sugirió que *watershed* fuera traducido como *procesal medular*.

no. Es de esa forma que en algunas controversias el análisis de la retroactividad de una nueva norma jurisprudencial constitucional no puede prescindir de un análisis en el que se delimite previamente ante qué tipo de norma nos encontramos: sustantiva, procesal medular (*watershed*) o procesal. Si ese no fuese el caso, la norma enunciada en el 2012 por la Corte Suprema de Estados Unidos en *Miller v. Alabama*,⁷ (prohibición de cadenas perpetuas a menores de edad de forma automática en casos de asesinato) no hubiese podido ser aplicada retroactivamente en *Montgomery v. Louisiana* cinco décadas después de que la sentencia del peticionario adviniera final y firme.⁸

En el último análisis de término de Derecho Procesal Penal,⁹ el profesor Ernesto Chiesa Aponte discutió la norma pautada por el Tribunal Supremo de Puerto Rico en *Pueblo v. Torres Irizarry*. En resumen, de acuerdo con el criterio del Profesor, la decisión de *Torres Irizarry* es correcta, ya que lo que se enunció por primera vez en *Sánchez Valle* fue “un derecho procesal constitucional”.¹⁰ La catalogación que se hace, sin embargo, de la norma enunciada en *Sánchez Valle* como una de carácter procesal es exclusivamente la opinión del Profesor. De hecho, es la misma opinión que se infiere de las expresiones del Profesor en su último libro sobre el procedimiento criminal en Puerto Rico,¹¹ y en el análisis del término 2014-2015 sobre *Derecho Procesal Penal*.¹²

Debe advertirse que, distinto a lo sostenido por el profesor Chiesa, el Tribunal Supremo de Puerto Rico no catalogó la norma de *Sánchez Valle* en *Torres Irizarry* como una de naturaleza procesal. Lo que se indicó textualmente en esa opinión fue: “que la norma establecida en *Pueblo v. Sánchez Valle* [. . .] es de aplicación retroactiva cuando no hay una sentencia condenatoria final y firme, debido a que en el citado caso se pautó una norma jurisprudencial que proveyó una defensa de carácter constitucional a favor de un acusado”.¹³

Aclarar lo que antecede es meritorio no solo por lo que ya se manifestó (de la catalogación que se haga de las normas enunciadas jurisprudencialmente depende el alcance de su aplicación retroactiva) sino también porque en *Torres Irizarry* el Tribunal Supremo no se encontraba ante un caso que advino final y firme; previo a la enunciación por parte de la Corte Suprema de Estados Unidos de la norma de *Sánchez Valle*.¹⁴ Por consiguiente, resultaba innecesario discutir ante qué tipo de norma se encontraban.

7 *Miller v. Alabama*, 567 U.S. 460 (2012).

8 *Montgomery*, 136 S. Ct. en la pág. 723; *Id.*

9 Véase Chiesa Aponte, *supra* nota 3.

10 *Id.* en la pág. 233.

11 Véase ERNESTO L. CHIESA APONTE, DERECHO PROCESAL PENAL: ETAPA ADJUDICATIVA (2019).

12 Véase Ernesto L. Chiesa Aponte, *Derecho Procesal Penal*, 85 REV. JUR. UPR 477 (2016).

13 *Pueblo v. Torres Irizarry*, 199 DPR 11, 14 (2017).

14 *Puerto Rico v. Sánchez Valle*, 136 S. Ct. 1863.

Si hasta el día de hoy el Tribunal Supremo de Puerto Rico no ha catalogado la norma de *Sánchez Valle* como una norma constitucional de naturaleza sustantiva, procesal medular (*watershed*) o procesal, entonces tampoco se sabe cuál es el alcance de la retroactividad de dicha norma. En ese sentido, y más allá del análisis del profesor Chiesa, la discusión en cuanto a la aplicación retroactiva de una norma constitucional enunciada jurisprudencialmente no se agota con la determinación de *Griffith v. Kentucky*.¹⁵

El objetivo de esta réplica es iniciar una discusión respetuosa que dé cuenta sobre el nivel de complejidad del tema de la retroactividad de las normas jurisprudenciales de carácter constitucional.

I. DISCUSIÓN

Desde hace aproximadamente sesenta años, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha particularizado cada vez más las reglas sobre retroactividad de las normas constitucionales enunciadas jurisprudencialmente. En consecuencia, hacer un análisis concienzudo de la historia de dichas normas se impone como un ejercicio de rigor intelectual. Como se apuntará a continuación, cuando se debate la aplicación retroactiva de una norma jurisprudencial no puede prescindirse de la discusión de ciertos casos, sin cuyo análisis no podrá arribarse a una resolución adecuada.

Procede comenzar la discusión con *Linkletter v. Walker*.¹⁶ En este caso la Corte Suprema de Estados Unidos decidió si la norma sobre exclusión de evidencia ilegalmente admitida, según ordenada en *Mapp v. Ohio*,¹⁷ aplicaba retroactivamente a casos que fuesen finales y firmes. El Máximo Foro estadounidense resumió la controversia y manifestó:

Petitioner contends that our method of resolving those prior cases demonstrates that an absolute rule of retroaction prevails in the area of constitutional adjudication. However, we believe that the Constitution neither prohibits nor requires retrospective effect. As Justice Cardozo said, "We think the Federal Constitution has no voice upon the subject."¹⁸

Como consecuencia, se indicó que las siguientes pautas debían ser aplicadas cuando se pretendiese aplicar retroactivamente una nueva norma jurisprudencial de carácter constitucional a casos que hubiese advenido finales y firmes: "[1] la historia previa de la regla en cuestión; [2] su propósito y efecto; y [3] si la aplicación retroactiva va a adelantar o retrasar su operación".¹⁹

¹⁵ *Griffith v. Kentucky*, 479 U.S. 314 (1986).

¹⁶ *Linkletter v. Walker*, 381 U.S. 618 (1965).

¹⁷ *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961).

¹⁸ *Linkletter*, 381 U.S. en las págs. 628-29.

¹⁹ *Id.* en la pág. 629 (traducción suplida).

Tras evaluar la solicitud del peticionario e indicar que “[e]l pasado no siempre puede ser borrado por una nueva declaración judicial”,²⁰ la Corte concluyó que la norma anunciada en *Mapp* solo tendría efecto prospectivo. Ello, tras tomar en cuenta las consecuencias que semejante decisión tendría en la administración de la justicia, puesto que deberían celebrarse nuevas vistas judiciales para evaluar si la evidencia había sido obtenida legalmente.

De acuerdo a un excelente artículo publicado en el *Journal of Constitutional Law* de la Universidad de Pennsylvania, la norma de *Linkletter* desató las críticas académicas inmediatamente.²¹ Pese a las críticas, en *Stovall v. Denno*,²² se le solicitó al Supremo de Estados Unidos la aplicación retroactiva de las normas dictadas en *United States v. Wade*,²³ y *Gilbert v. California*,²⁴ (en cuanto al derecho a representación legal en las etapas investigativas). En ese entonces, el Tribunal determinó que ese tipo de normas aplicadas retroactivamente, independientemente de que los casos, no hubiesen advenido finales y firmes, tendrían un seriamente afectarían la administración de la justicia.²⁵

Transcurridos varios años desde estas decisiones, la Corte Suprema de Estados Unidos, en *United States v. Johnson*,²⁶ se enfrentó a una solicitud de aplicación retroactiva de la norma establecida en *Payton v. New York*,²⁷ (en cuanto a la prohibición de registros domiciliarios seguidos de un arresto, sin orden y no consentidos). Allí reconoció que las normas sobre aplicación retroactiva eran confusas e implementó la propuesta del Juez Harlan en dos opiniones disidentes sobre este tema. De esa forma, concluyó que la norma de *Payton* debía ser aplicada retroactivamente a casos que no hubiesen advenido finales y firmes.

Subsiguientemente, en *Griffith v. Kentucky*,²⁸ el Foro estadounidense evaluó si la norma establecida en *Batson v. Kentucky*,²⁹ (respecto a la necesidad de que el Ministerio Público fundamentara sus recusaciones perentorias cuando se establece un caso *prima facie* de discrimen racial) debía ser aplicada retroactivamente a controversias que no hubiesen advenido finales y firmes. La contestación fue en la afirmativa: “[a] new rule for the conduct of criminal prosecutions, such as the ruling in *Batson*, applies retroactively to all cases, state or federal, pending on

²⁰ *Id.* en la pág. 636 (citando a *Chicot Cty. Drainage Dist. v. Baxter StateBank*, 308 U.S. 371 (1940)) (traducción suplida).

²¹ Perry L. Moriearty, *Miller v. Alabama and the Retroactivity of Proportionality Rules*, 17 U. PA. J. CONST. L. 929, 959 (2015).

²² *Stovall v. Denno*, 388 U.S. 293 (1967).

²³ *United States v. Wade*, 338 U.S. 218 (1967).

²⁴ *Gilbert v. California*, 388 U.S. 263 (1967).

²⁵ *Stovall*, 388 U.S. en la pág. 300.

²⁶ *United States v. Johnson*, 454 U.S. 814 (1981).

²⁷ *Payton v. New York*, 445 U.S. 573 (1980).

²⁸ *Griffith v. Kentucky*, 479 U.S. 314 (1987).

²⁹ *Batson v. Kentucky*, 476 U.S. 79 (1986).

direct review or not yet final”.³⁰ Esto independientemente de que constituyeran o no un claro deslinde (*clear break*) entre la norma previa y la nueva.³¹

Como puede observarse, la Corte Suprema de los Estados Unidos modificó considerablemente las pautas sobre la aplicación retroactiva, de sus nuevas normas constitucionales, a casos que estuviesen pendiente de revisión. Así las cosas, la doctrina se fue liberalizando después de *Griffith*; cualquier nueva norma constitucional aplicaría a los casos que estuviesen pendientes de revisión.

No obstante, el debate sobre la retroactividad de una norma jurisprudencial no se agotó con *Griffith*. Sino que se complejizó en *Teague v. Lane*,³² caso en el que la Corte indicó que las nuevas normas constitucionales dictadas jurisprudencialmente no deben aplicarse retroactivamente a casos en *collateral review*, salvo en dos excepciones: (1) “a new rule should be applied retroactively if it places ‘certain kinds of primary, private individual conduct beyond the power of the criminal law-making authority to proscribe’”,³³ y (2) “a new rule should be applied retroactively if it requires the observance of ‘those procedures that . . . are implicit in the concept of ordered liberty’”.³⁴

El alcance de la primera excepción señalada en *Teague* fue delimitada en el caso *Schriro v. Summerlin*,³⁵ en cuyo contenido la Corte manifestó, que ese tipo de reglas, catalogadas como normas sustantivas, son aquellas que “sitúan a ciertas clases de personas y tipos de conducta fuera del poder de castigo del estado”.³⁶ Estas deben aplicarse retroactivamente, ya que “necesariamente acarrear un riesgo significativo de que el acusado sea declarado culpable de ‘un acto que la ley no criminaliza’ o que se enfrente a un castigo que ley no puede imponerle”.³⁷

En el caso de la segunda excepción de *Teague*, se expresó que son *watershed rules of criminal procedure* aquellas normas que: (1) “alter our understanding of the bedrock procedural elements essential to the fairness of a proceeding”;³⁸ (2) “without which the likelihood of an accurate conviction is seriously diminished”.³⁹ No obstante, las nuevas normas constitucionales enunciadas jurisprudencialmente que solo aplican a los casos que no hayan advenido finales y firmes son las que:

30 *Griffith*, 479 U.S. en la pág. 314.

31 “We therefore hold that a new rule for the conduct of criminal prosecutions is to be applied retroactively to all cases, state or federal, pending on direct review or not yet final, with no exception for cases in which the new rule constitutes a ‘clear break’ with the past”. *Id.* en la pág. 328.

32 *Teague v. Lane*, 489 U.S. 288 (1989).

33 *Id.* en la pág. 307 (citando a *Mackey v. United States*, 401 U.S. 667, 692 (1971)).

34 *Id.* (citando a *Mackey*, 401 U.S. en la pág. 693)).

35 *Schriro v. Summerlin*, 542 U.S. 348 (2004).

36 *Moriearty*, *supra* nota 21 en la pág. 964 (citando a *Id.* en la pág. 352).

37 *Id.* (citando a *Schriro*, 542 U.S. en la pág. 349) (cita omitida) (traducción suplida).

38 *Id.* en la pág. 985 n.325 (cita omitida).

39 *Id.* en la pág. 965 (cita omitida).

[A]re designed to enhance the accuracy of a conviction or sentence by regulating “the *manner of determining* the defendant’s culpability.” Those rules “merely raise the possibility *that someone convicted with use of the invalidated procedure might have been acquitted otherwise.*” Even where procedural error has infected a trial, the resulting conviction or sentence may still be accurate; and, by extension, the defendant’s continued confinement may still be lawful.⁴⁰

En resumen, después de *Teague*, las doctrinas jurisprudenciales que enuncian nuevas normas constitucionales se dividen en tres grupos: (1) de carácter sustantivo; (2) procesales medulares (*watershed rules*); y (3) meramente procesales. Así las cosas, si la norma es sustantiva o *watershed*, se aplicará a todos los casos, aunque hayan advenido finales y firmes. Si fuese meramente procesal, se aplicará a los que estén pendientes de revisión o no hayan advenido finales y firmes. El reto para un tribunal, por tanto, está en reconocer ante qué tipo de nueva norma enunciada se está, previo a determinar el alcance de su aplicación retroactiva.

Adviértase que en *Montgomery* la primera pregunta que se propuso contestar el Máximo Foro estadounidense estaba relacionada con la existencia o no de la jurisdicción para atender la petición que se le presentó, ya que la misma estaba vinculada a un procedimiento estatal de *habeas*. Como resultado de que ambas partes entendían que había jurisdicción para decidir si la norma de *Montgomery* era o no de naturaleza sustantiva, se le asignó a un *amicus* disertar en cuanto a ese tema.

El *amicus* sostuvo que les correspondía a los estados definir los principios aplicables sobre la retroactividad de las normas jurisprudenciales de carácter constitucional; por lo tanto, la decisión de la Corte Suprema de Luisiana de no corregir la sentencia de *Montgomery* (mediante la aplicación retroactiva de la decisión de *Miller v. Alabama*) no implicaba derecho federal alguno. La Corte, sin embargo, entendió que la posición del *amicus* descansaba en la idea de que los precedentes sobre retroactividad no son mandatos constitucionales y sostuvo que: “sin embargo, si la Constitución establece una regla y requiere que la regla tenga una aplicación retroactiva, entonces la negativa de un tribunal estatal de darle efecto retroactivo a la regla es revisable por esta Corte”.⁴¹ Aclarado lo anterior, la Corte procedió a reiterar la norma sobre retroactividad dispuesta en *Teague v. Lane*:

Under *Teague*, a new constitutional rule of criminal procedure does not apply, as a general matter, to convictions that were final when the new rule was announced. *Teague* recognized, however, two categories of rules that are not subject to its general retroactivity bar. First, courts must give retroactive effect to new substantive rules of constitutional law Second, courts must give retroactive effect to new “watershed rules of criminal procedure” implicating the fundamental fairness and accuracy of the criminal proceeding”.⁴²

⁴⁰ *Montgomery v. Louisiana*, 136 S. Ct. 718, 730 (2016) (énfasis suplido).

⁴¹ *Id.* en la pág. 727 (citando a *Griffith v. Kentucky*, 479 U.S. 314, 328 (1986)) (traducción suplida).

⁴² *Id.* en la pág. 728 (citando a *Teague v. Lane*, 489 U.S. 288, 312-13 (1989)).

Para el *amicus*, sin embargo, la norma de *Teague* se había esbozado en el contexto de un procedimiento federal de *habeas*; por lo que, no podía catalogarse como mandato constitucional. Como consecuencia, tampoco era de aplicación en un procedimiento estatal de revisión colateral como el presentado por *Montgomery*. El *amicus* añadió que, en *Danforth v. Minnesota*,⁴³ la Corte no prohibió a los estados otorgar efecto retroactivo a cualquier conjunto de normas con mayor amplitud que lo que ordenó *Teague*. De dicha declaración se desprendía, según el *amicus*, que la decisión sobre darle efecto retroactivo a las normas constitucionales en el contexto de una revisión colateral era una prerrogativa de cada estado.

Para la Corte, no obstante, el *amicus* “le da demasiada importancia a estas declaraciones”⁴⁴ ya que ni en *Teague* ni en *Danforth* tuvo que atenderse la retroactividad de una norma de naturaleza sustantiva o *watershed*,⁴⁵ y porque ambos fueron decididos en el contexto de un *federal habeas proceeding*. Así, el Máximo Foro aclaró que *Danforth* solo se limitó al tema sobre la prohibición de la retroactividad de *Teague*. Finalmente, dijeron que con *Montgomery* debía atenderse la pregunta que quedó inconclusa en *Danforth*. De esa forma, sostuvieron que:

The Court now holds that when a new substantive rule of constitutional law controls the outcome of a case, the Constitution requires state collateral review courts to give retroactive effect to that rule. *Teague*'s conclusion establishing the retroactivity of new substantive rules is best understood as resting upon constitutional premises. That constitutional command is, like all federal law, binding on state courts.⁴⁶

De la discusión reseñada anteriormente se desprende que cuando la Corte Suprema de los Estados Unidos enuncia una nueva norma de carácter constitucional, los estados vienen obligados a determinar, previo al alcance de la retroactividad, si la misma es de naturaleza procesal, sustantiva o procesal medular (*watershed*). Del resultado de ese ejercicio, podrá concluirse, de acuerdo con las excepciones de *Teague*, si la aplicación retroactiva de la norma alcanza a casos que ya advinieron finales y firmes. En esa encomienda, los estados están en la libertad de decidir si otorgar mayor amplitud retroactiva a una norma meramente procesal, por ejemplo; es decir, aplicarla a casos que ya hubiesen advenido finales y firmes. Esa libertad, sin embargo, no debe confundirse con el hecho de que cuando se está ante una norma de naturaleza sustantiva, la misma debe ser aplicada retroactivamente, puesto que los estados no tienen discreción para hacer lo contrario, aun en casos finales y firmes.

CONCLUSIÓN

⁴³ *Danforth v. Minnesota*, 552 U.S. 264 (2008).

⁴⁴ *Montgomery*, 136 S. Ct. en la pág. 728 (traducción suplida).

⁴⁵ *Id.* en las págs. 728-29.

⁴⁶ *Id.* en la pág. 729.

Tal y como se observa, la catalogación que se haga de una nueva norma de carácter constitucional tiene una repercusión de alto nivel, ya que se determinará, como ocurrió en *Montgomery*, por ejemplo, si un ser humano debe continuar cumpliendo una pena que la Constitución de Estados Unidos prohíbe. En ese sentido, será tarea del Tribunal Supremo de Puerto Rico determinar si la norma de *Sánchez Valle* es de naturaleza sustantiva, procesal medular (*watershed*) o procesal. De hecho, es una controversia que, incluso podría ser atendida por la Corte Suprema de los Estados Unidos.

Como consecuencia, resultaba imprescindible presentar una perspectiva distinta a la articulada por el distinguido profesor Chiesa. Después de todo, tal y como se intentó demostrar en este escrito, su idea de que la norma de *Sánchez Valle* es de naturaleza procesal, es exclusivamente su opinión. El objetivo de esta réplica es enriquecer y diversificar con fundamentos serios, claro está, el debate jurídico, puesto que solo así el ordenamiento penal puertorriqueño podrá ser influenciado saludablemente por distintas voces.

REVISITANDO LA TRANSPARENCIA Y LA DEMOCRACIA: HACIA LOS 45 AÑOS DE LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN DE EFRÉN RIVERA RAMOS

COMENTARIO

VERÓNICA S. OTERO RIVERA*

“Privarle de esta información [a la ciudadanía] equivale a producirle una parálisis colectiva agravada por la miopía cívica de quien sólo conoce a medias o desconoce por completo las actuaciones de su gobierno”.
Efrén Rivera Ramos¹

INTRODUCCIÓN

SABIDO ES QUE EN EL PUERTO RICO ACTUAL CONTINUAMOS EXIGIENDO DE nuestro gobierno la transparencia requerida en un país democrático. Pedimos conocer los eslabones que constituirían nuestra masiva deuda cuando en marcha solicitamos la auditoría en el 2017.² En el mismo año, funcionarios del gobierno exigieron tener acceso a los planes fiscales sometidos a la Junta de Control Fiscal.³ Quisimos y queremos saber.

Este reclamo no es nuevo para el pueblo puertorriqueño. Desde muchos frentes jurídicos se ha batallado para empujar las barreras del conocimiento del pueblo y para acercarnos más a lo que queremos de nuestra Isla como país. Hace poco menos de cuarenticinco años atrás, la Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico publicó un artículo sobre la imperativa necesidad de reglamentar en Puerto

* La autora es Redactora Digital de *In Rev* y estudiante de segundo año del programa nocturno de la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico.

¹ Efrén Rivera Ramos, *La libertad de información: Necesidad de su reglamentación en Puerto Rico*, 44 REV. JUR. UPR 67, 69 (1975).

² El 23 de abril de 2017 se convocó al pueblo a marchar para presionar por una auditoría de la deuda puertorriqueña. Véase EFE, *Se manifiestan en Puerto Rico contra la Comisión para la Auditoría Integral del Crédito Público*, DIARIO LIBRE (23 de abril de 2017), <https://www.diariolibre.com/actualidad/internacional/se-manifiestan-en-puerto-rico-contra-la-comision-para-la-auditoria-integral-del-credito-publico-BY69o8641>; Leysa Caro González & María Arce, *Arrestan a dos jóvenes durante marcha por la auditoría de la deuda*, EL NUEVO DÍA (23 de abril de 2017), <https://www.elnuevodia.com/noticias/seguridad/nota/arrestanadosjovenesdurantemarchaporlaauditoriadeladeuda-2313968/>; Armando J.S. Pintado, *Pausa para la auditoría*, 80 GRADOS (24 de marzo de 2017), <http://www.8ograd.net/pausa-para-la-auditoria/>.

³ Véase Agencia EFE, *Bhatia le exige transparencia a Rosselló*, PRIMERA HORA (16 de mayo de 2017), <https://www.primerahora.com/noticias/gobierno-politica/nota/bhatialeexigettransparenciaa-rossello-1224469/>.

Rico la libertad de información del pueblo. Su autor continúa preguntándose cuándo se hará valer esta necesidad.

En 1975, el profesor Efrén Rivera Ramos escribió *La libertad de información: Necesidad de su reglamentación en Puerto Rico*.⁴ El artículo fue publicado cuando este era estudiante de segundo año en la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico y, al sol de hoy, ha sido citado por el Tribunal Supremo de Puerto Rico en ocho ocasiones.⁵ Esas ocho instancias, han servido para arrojar una importante luz en casos claves en torno al progreso de la libertad de información de los ciudadanos y del pueblo puertorriqueño.⁶

I. LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN

La libertad de información buscaba evaluar los estatutos aplicables al derecho de acceso a la información pública en aquel momento. Allí, el profesor Rivera Ramos evaluó la ley federal aplicable,⁷ la influencia de la jurisprudencia norteamericana, y los señalamientos principales de los comentaristas. Luego de esbozar lo que ya existía legislado en los Estados Unidos, el profesor planteó la necesidad de legislar en Puerto Rico en cuanto a este asunto.⁸ Señaló que, aprendiendo de las controversias que surgieron luego de la legislación federal, Puerto Rico merecía establecer un marco jurídico que escudriñara la relación entre el pueblo y el gobierno a la hora de tener el acceso necesario a la información.⁹ Para el Profesor, era necesario una legislación que encarnara los siguientes principios:

(1) el énfasis debe recaer en la divulgación, reduciéndose a un mínimo, por vía de excepción, la información no disponible al público; (2) *todos* los ciudadanos deben tener igual acceso, sin que se requiera demostración de interés especial alguno; (3) debe corresponder a la agencia siempre justificar su negativa fundándola en aquellas excepciones específicas que por razón de orden público establezca el estatuto[,] y (4) las personas afectadas deben tener garantizado el acceso a los tribunales para vindicar su derecho.¹⁰

⁴ Rivera Ramos, *supra* nota 1.

⁵ Por iniciativa del Volumen 87 de la Revista Jurídica, se recolectaron todas las veces que el Tribunal Supremo de Puerto Rico ha citado a nuestra Revista. Gracias a esa investigación, pudimos precisar cuál era el artículo más citado escrito por un estudiante. El ahora profesor Efrén Rivera Ramos, escribió su artículo cuando se encontraba en su segundo año de Derecho.

⁶ Véanse *Bhatia Gautier v. Gobernador*, 199 DPR 59 (2017); *Asoc. Fotoperiodistas v. Rivera Schatz*, 180 DPR 920 (2011); *Colón Cabrera v. Caribbean Petroleum*, 170 DPR 582 (2007); *Bonilla Medina v. PNP*, 140 DPR 298 (1996); *Noriega v. Gobernador*, 122 DPR 650 (1988); *López Vives v. Policía de PR*, 118 DPR 219 (1987); *Santiago v. Bobb y El Mundo, Inc.*, 117 DPR 153 (1986); *Soto v. Srio. de Justicia*, 112 DPR 477 (1982).

⁷ Véanse *Freedom of Information Act*, 5 USC § 552 (1967); Rivera Ramos, *supra* nota 4, en las págs. 75-92.

⁸ Rivera Ramos, *supra* nota 1, en la pág. 92-101.

⁹ *Id.* en las págs. 100-01.

¹⁰ *Id.* en la pág. 106 (citas omitidas).

Su artículo concluye con un patente reclamo de necesidad estatutaria en cuanto a la libertad de información: “[E]s urgente aprobar legislación eficaz encaminada a garantizar la libertad de información con disposiciones cuidadosamente redactadas, que no dejen margen a violaciones crasas del espíritu del estatuto con subterfugios apoyados en la letra del mismo”.¹¹ Hoy, dicho reclamo ha quedado pendiente. Luego de al menos catorce intentos en legislar el asunto,¹² quedamos hoy donde mismo empezamos desde que Rivera Ramos urgió a los cuerpos legislativos a actuar.

A. Ante el silencio del Legislador

A pocos años de la publicación de *La libertad de información*, el Tribunal Supremo de Puerto Rico decidió *Soto v. Srio. de Justicia*.¹³ Allí, por primera vez en nuestra historia, el Máximo Foro reconoció el derecho constitucional de acceso a la información pública.¹⁴ En aquel entonces, los familiares de las víctimas de los sucesos en el Cerro Maravilla requirieron del Departamento de Justicia la información y documentación que sirvió de base para la exoneración de los policías involucrados en dicho evento.¹⁵ El Tribunal Supremo, utilizando el escrito del profesor Rivera Ramos como fuente importante, estipuló que la libertad de información y el derecho a examinar e investigar por parte de los ciudadanos de una sociedad merece elevarse “a una posición de las más alta santidad si ha de constituir un baluarte contra un liderato insensible”.¹⁶ Como un significativo precedente para el historial del derecho al acceso a la información pública, el Tribunal Supremo sentó las bases para lo que sería el derecho constitucional a la libertad de información.

Después de eso, el Máximo Foro continuó desarrollando la progenie de *Soto*.¹⁷ Dicha línea de casos hace referencia al derecho de información y a sus limitaciones. Como todo derecho constitucional, el derecho de acceso a la información pública no es absoluto y debe ceder ante intereses apremiantes que justifiquen su limitación. En nuestra jurisprudencia, el derecho a la libertad de información del pueblo ha tenido que evaluarse en un balance de intereses ante los privilegios

¹¹ *Id.* en la pág. 111.

¹² Efrén Rivera Ramos & Gabriela Moros Lucas, *Derecho Constitucional*, 88 REV. JUR. UPR 39, 89-91 (2019).

¹³ *Soto v. Secretario de Justicia*, 112 DPR 477 (1982).

¹⁴ *Id.* en la pág. 504.

¹⁵ *Id.* en las págs. 480, 483.

¹⁶ *Id.* en la pág. 485.

¹⁷ Véase *Santiago v. Bobb y El Mundo Inc.*, 117 DPR 153 (1986); *López Vives v. Policía de Puerto Rico* (1987) (donde el Tribunal Supremo de Puerto Rico decidió y reconoció los pronunciamientos del profesor Efrén Rivera Ramos en *La libertad de información* como antecedente al precedente de *Soto v. Srio. de Justicia*); *Noriega Rodríguez v. Hernández Colón*, 122 DPR 650 (1988); *Angueira v. JLBP*, 150 DPR 10 (2000); *Colón Cabrera v. Caribbean Petroleum*, 170 DPR 582 (2007); *Aponte Hernández v. Sánchez Ramos*, 173 DPR 389 (2008); *Asoc. Fotoperiodistas v. Rivera Schatz*, 180 DPR 920 (2011).

levantados por el gobierno para mantener bajo el manto de privacidad o confidencialidad la información solicitada.

Esencialmente, es a través de la jurisprudencia que se ha intentado llenar la laguna que existe en nuestro ordenamiento en torno a la libertad de acceso a la información pública. Durante estos pasados cuarenta años, el Tribunal Supremo de Puerto Rico se ha dedicado a determinar caso a caso la aplicabilidad del derecho a la información pública y los matices de este derecho. No obstante, era esto lo que criticó el licenciado Rivera Ramos en su artículo: la determinación caso a caso de lo que constituirá público o privado, “es una fuente de incertidumbre legal que no puede justificarse en un asunto tan serio que tiene hondas raíces en importantes principios políticos y constitucionales”.¹⁸

B. *El panorama actual del acceso a la información pública*

Hoy día, el reclamo sigue vivo. En la más reciente revisión de este derecho, el Tribunal Supremo de Puerto Rico desperdió otra oportunidad para establecer un estándar consistente y uniforme que sirva para viabilizar efectivamente el derecho de información del pueblo. En *Bhatia Gautier v. Gobernador*,¹⁹ el senador popular Eduardo Bhatia Gautier, en calidad de funcionario público y ciudadano, presentó un recurso de *mandamus* para requerir al gobernador Ricardo Rosselló Nevares a que reprodujera una copia del proyecto de presupuesto que fue presentado ante la Junta de Control Fiscal el pasado, 30 de abril de 2017.²⁰ En Instancia, el Gobierno fue ordenado a proveer la copia solicitada por el Senador; dicha orden fue revocada por el dictamen del Tribunal Supremo.²¹ A voz del juez asociado Roberto Feliberti Cintrón, el Supremo decidió remitir el caso al foro primario para que se evaluara en cámara el proyecto de presupuesto en cuestión y se determinara si el mismo era de naturaleza pública o privada.²²

No solo ha sido en las salas de los tribunales que se ha discutido este derecho, sino que ha sido a partir de las más recientes controversias en torno a la gobernanza del País que el pueblo ha exigido más activamente la rendición de cuentas.²³ Ante la situación actual del derecho de acceso a la información pública, el distinguido Profesor no tuvo poco que esbozar cuando nos sentamos a discutir sobre el asunto.²⁴ Para Rivera Ramos, el reclamo de una legislación que atienda y viabilice el derecho de información de la ciudadanía continúa tan vigente como antes:

¹⁸ Rivera Ramos, *supra* nota 1, en la pág. 100.

¹⁹ *Bhatia Gautier*, 199 DPR 59.

²⁰ *Id.* en la pág. 64.

²¹ *Id.* en las págs. 95-96.

²² *Id.*; Véase Rivera Ramos & Moros Luces, *supra* nota 12, en la pág. 68.

²³ Véanse fuentes electrónicas en cuanto a los sucesos de principios del año 2017, *supra* nota 2.

²⁴ Entrevista con Efrén Rivera Ramos, profesor de la Escuela de Derecho de la UPR, en San Juan, Puerto Rico (22 de abril de 2019).

Si bien es un derecho reconocido por el Tribunal Supremo, faltaría un instrumento legislativo que le diera más garras a ese derecho, que estableciera los procedimientos y ofreciera los mecanismos para hacerlo efectivo. El reclamo del derecho de acceso a la información se ha convertido en un reclamo muy importante, está muy presente y, sobretodo ahora, se plantea junto al tema mayor de la transparencia.²⁵

Sigue pendiente el llamado para una medida legislativa porque siguen evidentes los retos en torno a la viabilización de este derecho. Ante la controversia de *Bhatia Gautier* y los acontecimientos históricos más recientes, queda claro que todavía es muy palpable lo que el Profesor denomina como el principal obstáculo para hacer valer un derecho de acceso a la información pública: “todavía siguen las resistencias de los gobiernos a verdaderamente poner toda la información que controla el gobierno a la disposición del público, a pesar de las normativas, a pesar de los casos”.²⁶ El problema de la resistencia gubernamental tiene complejos matices; además de ser uno de carácter jurídico, como lo sería la excesiva extensión de los privilegios ejecutivos establecidos en la ley, podríamos decir que el problema tiene una dimensión cultural y estructural. Rivera Ramos alude en *La libertad de información* al problema estructural de la cultura entre los funcionarios gubernamentales a prevenir la divulgación libre de la información pública.²⁷ En aquel momento, el licenciado Rivera Ramos citó a Kenneth Culp Davis para traer a colación el problema social que representa el cambio de paradigma tras el establecimiento de un estatuto que viabilice el derecho a la información.²⁸ Hoy, haciendo eco a este planteamiento, el Profesor menciona:

El problema siempre con la legislación que pretende introducir cambios e impulsar ideas de avanzada, del asunto que sea, es que quienes vienen llamados a implantarlas muchas veces están operando con las viejas actitudes. Eso se cuele en el proceso de implantación de una ley y sirve de obstáculo para que los derechos que se reconocen en esa legislación se puedan hacer efectivos realmente.²⁹

En otras palabras, es un proceso lento y el cambio no será automático tras la aprobación de una pieza legislativa. Lo que sí podemos constatar es que el perfeccionamiento de una acción por parte del legislador podrá ser una herramienta sólida para abordar frontalmente los problemas de divulgación y de acceso a la información.

Eso es, claro, si dicha legislación está bien hecha.

²⁵ *Id.*

²⁶ *Id.*

²⁷ Rivera Ramos, *supra* nota 1, en las págs. 86-88.

²⁸ *Id.* en la pág. 86 (cita omitida).

²⁹ Entrevista con Efrén Rivera Ramos, profesor de la Escuela de Derecho de la UPR, en San Juan, Puerto Rico (22 de abril de 2019).

C. Retomando la propuesta legislativa

Si bien la propuesta de legislación sigue vigente, es imprescindible desarrollarla en un marco jurídico que sea cónsono con lo que deseamos adelantar en cuanto al derecho de acceso a la información. Como mencionáramos anteriormente, *La libertad de información* planteó cuatro principios generales que deberían respetarse si se encarnase dicha pieza legislativa.³⁰ Dichos principios, según el Profesor, siguen latentes como valores que deberían encontrarse en cualquier medida legislativa aprobada.

Sin embargo, y como ejercicio de evaluación sobre lo aprendido en las pasadas décadas en cuanto al movimiento del derecho de acceso a la información, tanto en Puerto Rico como en el plano internacional, le preguntamos al profesor si alguna otra consideración debería ser añadida a los principios generales esbozados en su artículo. Rivera Ramos llamó para nuestra atención los principios recientemente publicados por la organización sin fines de lucro Espacios Abiertos:

1. El derecho a la información es un derecho humano y constitucional y no una concesión del aparato gubernamental.
2. El derecho a la información es aplicable a todos los organismos públicos.
3. Cualquier legislación o reglamentación del derecho a la información debe promover la máxima divulgación de la información.
4. Cualquier excepción al acceso a la información debe ser limitada y justificada.
5. Las denegatorias de información pública deben justificarse con principios legales establecidos.
6. Toda negativa a suministrar información debe poderse impugnar mediante recursos administrativos y judiciales.
7. Los remedios dispuestos en ley para vindicar el derecho a la información deben proveer para el procesamiento justo y rápido de las solicitudes así como para un proceso igualmente rápido de revisión administrativa y judicial de la contestación a esa solicitud.
8. La información debe estar accesible para la ciudadanía en forma explícita, detallada, actualizada y a través de diferentes medios.
9. Cualquier ley sobre el derecho a la información debe proveer protección clara para los delatores de información (“whistleblowers”).
10. Toda legislación sobre acceso a la información debe promover el gobierno abierto.³¹

Estos diez principios, aunque a primera instancia parezcan más abarcadores que los cuatro principios esbozados en *La libertad de información*, recogen plenamente lo presentado por el Profesor y lo expanden. El primer, segundo y décimo principio que propone Espacios Abiertos añade una profundidad a lo establecido por el Tribunal Supremo en *Soto*. Se trata de un movimiento hacia la elaboración

³⁰ Rivera Ramos, *supra* nota 1, en la pág. 106.

³¹ Espacios Abiertos, 10 Principios para el acceso a la información, ESPACIOS ABIERTOS <https://espaciosabiertos.org/wp-content/uploads/10-principios.pdf> (última visita 29 de abril de 2019) (énfasis suplido).

del derecho de acceso a la información cada vez más abarcador, que trastoque los principios mismos de la transparencia y la apertura gubernamental: “La cuestión de la transparencia es una cuestión de asuntos públicos y de gobierno que se plantea hoy día como un derecho humano importantísimo en los procesos democráticos”.³²

En fin, toda legislación que pretenda ser aprobada deberá ser cónsona con los objetivos reseñados tanto por Rivera Ramos como los desarrollados por la organización Espacios Abiertos. Dichos principios no pretenden ser exhaustivos, y en el desarrollo de este derecho y en el devenir de los casos futuros continuaremos abonando a las exigencias que tenemos para dicho estatuto.

CONCLUSIÓN

En 1975, el profesor Rivera Ramos publicó un artículo analizando el derecho a la información pública en Puerto Rico y poco se imaginaría que el reclamo de *conocer*, tanto en los tribunales como ante el pueblo, habría de cobrar tan gran importancia en nuestro desarrollo histórico. Hoy, distintos frentes continúan presionando para que dicho derecho se promocióne, y se haga valer. Mientras siga vigente el empeño del pueblo en conocer y la necesidad de que el gobierno puertorriqueño rinda sus debidas cuentas, el reclamo del profesor Rivera Ramos seguirá patentemente vivo: es necesaria una pieza legislativa que aborde los principios generales del derecho a la información y que provea las herramientas para reivindicar dicho derecho de manera eficaz, expedita y concreta.

Mientras tanto, seguimos.

³² Entrevista con Efrén Rivera Ramos, profesor de la Escuela de Derecho de la UPR, en San Juan, Puerto Rico (22 de abril de 2019).

**¿DE LAS FACTURAS ANCHAS A LOS CEMENTERIOS DE PALABRAS?:
UNA REFLEXIÓN SOBRE EL DERECHO ELECTORAL
PUERTORRIQUEÑO EN TIEMPOS RECIENTES**

ARTÍCULO

HÉCTOR LUIS ACEVEDO*

La democracia es mucho más que un ordenamiento legal y formal; es un modo de vida. Exige una actitud de respeto a las reglas de comportamiento electoral y una consideración mínima hacia la convivencia política. Refleja también una comprensión de la naturaleza humana y de su imperfección[,] así como un sentido de proporción del hombre ante sus compañeros de vida cuyas voluntades aún siendo diferentes a la suya, de contar con más apoyo, deben prevalecer. Impone, por tanto, la discusión de alternativas y su comunicación, no su decreto.¹

INTRODUCCIÓN

El andamiaje eleccionario detrás del derecho al voto es la zapata del reconocimiento de todos los derechos de una sociedad democrática. Por tanto, la confiabilidad de sus procesos es requisito esencial para la existencia de la verdadera democracia. No obstante, acciones y omisiones gubernamentales, a veces bajo motivaciones aparentemente partidistas, minan esta confiabilidad.

En este escrito pretendo exponer cómo sucesos recientes en nuestra historia electoral laceran la confianza en un sistema que debe promover los principios fundamentales de la democracia como corolario de la libertad. En la primera parte, discuto los conceptos de mayorías temporeras y la democracia iliberal frente al

* El autor no es un estudioso distante y desapasionado de este tema pues ayudó en la redacción del artículo 3-014 del Código Electoral de 1974 prohibiendo los anuncios no aprobados durante el año de las elecciones y fue parte de los casos en los años noventa que dan margen a la controversia que se relata en este ensayo. Catedrático de Ciencias Política de la Universidad Interamericana de Puerto Rico, profesor de Derecho Electoral y Derecho Constitucional de la Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Puerto Rico, fue Comisionado Electoral (1976-1984), Secretario de Estado (1985-1988), Alcalde de San Juan (1985-1996), y miembro de la Junta constitucional para la revisión de los distritos electorales, representativos y senatoriales de 2002 y 2011. Agradecemos al profesor Luis Matos y a la estudiante Mariela Martínez por su ayuda a obtener información pertinente para la redacción de este artículo.

¹ COMISIÓN ESPECIAL PARA LA REVISIÓN DEL PROCESO ELECTORAL, INFORME DE LA COMISIÓN ESPECIAL PARA LA REVISIÓN DEL PROCESO ELECTORAL DE PUERTO RICO ² (1982).

debilitamiento progresivo de la democracia. En la segunda parte, examino cómo el tracto histórico del derecho electoral por nuestro Gobierno y el Tribunal Supremo ha ido contribuyendo a ese debilitamiento progresivo de la democracia, finalizando con una corta discusión del caso de *Com. PNP v. CEE*.²

I. LA DEMOCRACIA Y EL PRINCIPIO DE LA LIBERTAD

A. El derecho al voto y la garantía de la libertad

El concepto de la democracia tiene diferentes vertientes, siendo la más aceptada aquella cuyo eje central es la soberanía de los ciudadanos al elegir a su gobierno, quien gobernará a través de un régimen de ley que garantice los derechos de los ciudadanos frente al Estado. Su base, según el constitucionalista más destacado de nuestros tiempos, el profesor Laurence Tribe, es el concepto de *mayorías temporeras*:

Democracy envisions rule by successive temporary majorities. The capacity to displace incumbents in favor of the representatives of a recently coalesced majority is, therefore, an essential attribute of the election system in a democratic republic. Consequently, both citizens and courts should be chary of efforts by government officials to control the very electoral system that is the primary check on their power.³

La misma naturaleza dinámica de la democracia permite que quien hoy es minoría pueda mañana convertirse en mayoría por elección de los ciudadanos. De esta forma, el concepto de *mayorías temporeras* se solidifica a través del derecho al voto. Es por medio de este que podemos hablar de la democracia como zapata de la libertad.⁴

El propósito de las leyes electorales es garantizar el derecho al voto. Por inherencia de su misma razón de existencia, estas tienen dos características esenciales, a saber: (1) son la base sobre la cual existen, tanto los demás derechos como todo el andamiaje legal y su legitimidad, pues a través de ellas se eligen los gobernantes y los legisladores que representarán a los ciudadanos,⁵ y (2) son las mismas leyes que disponen sobre la elección de los *incumbentes* que tendrán el poder de

² Com. PNP v. CEE, 197 DPR 914 (2017).

³ LAURENCE H. TRIBE, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW 1097 (2da ed. 1988).

⁴ Luis Muñoz Marín ve la democracia como una de las esencias de la igualdad. En su Mensaje *Cultura y Democracia* en el Ateneo de Puerto Rico el 30 de junio de 1940 expresó lo siguiente:

Democracia en este sentido es igualdad de la dignidad humana ante la vida y ante la muerte; es igualdad de la dignidad humana ante el dolor de la vida y ante el misterio de la muerte; es igualdad de la dignidad humana ante el tiempo y el espacio, ante el infinito y ante la eternidad.

Luis Muñoz Marín, *Cultura y democracia*, en DISCURSOS 1934-1948 65 (Fernando Picó ed., 1999).

⁵ Véanse *Yick Wo v. Hopkins*, 118 U.S. 356 (1886); *Reynolds v. Sims*, 377 U.S. 533 (1964); *Ramírez de Ferrer v. Mari Brás*, 144 DPR 141 (1997).

aprobarlas o derogarlas.⁶ Ello justifica el especial celo que debe tenerse en cuanto a su estudio, interpretación, estructuración y aplicación.

En su *Informe sobre el desarrollo humano del año 2002*, la Organización de las Naciones Unidas (en adelante, “ONU”) equiparó la expansión de ofrecer alternativas por medio de elecciones justas con los valores cónsonos a la libertad del ser humano.⁷ Para esto, la ONU enfatizó la necesidad de que se desarrollen instituciones para hacer viable un gobierno democrático que represente la expresión de la libertad en tiempos modernos.⁸ De esta forma, la ONU ilustra que las elecciones, por sí solas, no son el único elemento indispensable necesario para la existencia de la democracia.⁹ El acceso al voto tiene que estar acompañado por instituciones que velen por su cumplimiento justo, neutral, transparente y efectivo.

B. El derrumbre de la democracia

Como vimos anteriormente, el reconocimiento del derecho al voto en sí mismo no garantiza la democracia. Sin la existencia de un andamiaje electoral justo, que a su vez sea respetado y exigido, la democracia misma se ve vulnerabilizada. En ocasiones, son estas mismas grietas en el sistema las que hacen que el eventual derrumbre de la democracia vaya percolándose, a veces tan lentamente que resulta invisible para la misma ciudadanía.

De esta forma, el comentarista político Fareed Zakaria articuló el concepto de *democracia liberal* de la siguiente forma:

Across the globe, democratically elected regimes, often ones that have been re-elected or reaffirmed through referenda, are routinely ignoring constitutional limits on their power and depriving citizens of their basic rights. This disturbing phenomenon . . . could be called ‘illiberal democracy’.

For people in the West, democracy means “liberal democracy”: a political system marked not only by free and fair elections but also by the rule of law, separation of powers, and the protection of basic liberties of speech, assembly, religion, and property. But this bundle of freedoms —what might be termed “constitutional liberalism”— has nothing intrinsically to do with democracy and the two have not always gone together, even in the West. After all, Adolf Hitler became chancellor of Germany via free elections. Over the last half-century in the West, democracy and liberty have merged. But today the two strands of liberal democracy,

⁶ Usamos el término *incumbentes* de uso común en Puerto Rico, al referirse a los legisladores o funcionarios que ocupan posiciones electivas.

⁷ UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME, HUMAN DEVELOPMENT REPORT 2002: DEEPENING DEMOCRACY IN A FRAGMENTED WORLD 52 (2002), http://hdr.undp.org/sites/default/files/reports/263/hdr_2002_en_complete.pdf.

⁸ *Id.* en la pág. 67.

⁹ *Id.* en la pág. 98.

interwoven on the Western political fabric, are coming apart across the globe. Democracy is flourishing, liberty is not.¹⁰

La mayoría de las democracias se debilitan de manera progresiva, con acciones incrementales, casi imperceptibles. En esta línea, los profesores de la Universidad de Harvard, Steven Levitsky y Daniel Ziblatt, afirman: “How do elected authoritarians shatter the democratic institutions that are supposed to contain them? Some do it in one fell swoop. But more often the assault on democracy begin slowly. For many citizens, it may, at first, be imperceptible. After all, elections continue to be held”.¹¹

Este pensamiento es cónsono con una verdad innegable en nuestra realidad democrática. Nos ilustra un desarrollo en la historia, donde personas llegan al poder y luego trastocan el proceso electoral para mantenerse en el poder permanentemente. En ese sentido, el rol de los tribunales es de vital importancia para garantizar la efectividad de la democracia y la preservación de la libertad. Cónsono con esta aseveración, los profesores Tom Ginsburg y Aziz Huq explican: “Comparative experience suggests that an independent judiciary and institutional checks such as legislative oversight of administrative activity can prove significant barriers to democratic backsliding. Hence, we often see would-be autocrats trying to pack the courts or intimidate judges into getting with their program”.¹²

De esta forma, el control por el poder ejecutivo de los tribunales independientes es un síntoma inequívoco en el debilitamiento de las democracias. Igual sucede con el control de los organismos electorales. Según el estado de derecho, son los tribunales los llamados a proteger el cumplimiento de las garantías mínimas reconocidas a cada ciudadano.

II. EL ROL DE LOS TRIBUNALES EN EL DERECHO ELECTORAL

A. Concepciones generales

El profesor John Hart Ely ha resumido el rol único de los tribunales en el derecho electoral de la siguiente forma:

We cannot trust the ins to decide who stays out, and it is therefore incumbent on the courts to ensure not only that no one is denied the vote for no reason, but also

¹⁰ FAREED ZAKARIA, THE FUTURE OF FREEDOM: ILLIBERAL DEMOCRACY AT HOME AND ABROAD 17-18 (2007). Anteriormente, estudiosos europeos también habían identificado razones distintas para el derrumbe de las democracias. Véase JEAN-FRANCOIS REVEL, HOW DEMOCRACIES PERISH (1985); JUAN J. LINZ & ALFRED STEPAN, THE BREAKDOWN OF DEMOCRATIC REGIMES (1978); DANIEL ZOVATTO & J. JESÚS OROZCO HENRÍQUEZ, REFORMA POLÍTICA Y ELECTORAL EN AMÉRICA LATINA 1978-2016 439-512, 711, 718 (2017).

¹¹ STEVEN LEVITSKY & DANIEL ZIBLATT, HOW DEMOCRACIES DIE 77 (2018).

¹² Tom Ginsburg & Aziz Huq, *How We Lost Constitutional Democracy*, en CAN IT HAPPEN HERE? 135, 148 (Cass Sunstein ed., 2018); Véase también Jon Slater, *The Resistible Rise of Louis Bonaparte*, en CAN IT HAPPEN HERE? 277 (Cass Sunstein ed., 2018).

that where there is a reason (as there will be) it had better be a very convincing one.¹³

Los tribunales son el recurso de las minorías frente el poder de las mayorías. Estos, en un gobierno de poderes delegados, son quienes vigilan que los gobiernos no se excedan en sus poderes frente a los ciudadanos. Son estos los que ponen en vigor las garantías constitucionales del uso de fondos públicos para fines públicos. De este modo, las mayorías tienen el control de los poderes ejecutivos y legislativos.

Los tribunales independientes son el último recurso de la libertad. Fareed Zakaria, precisó con gran profundidad que: “[t]he ‘Western model of government’ is best symbolized not by the mass plebiscite but the impartial judge”.¹⁴

B. La ruta reciente del derecho electoral y el Tribunal Supremo de Puerto Rico

Nuestro Tribunal Supremo por décadas ha desarrollado el concepto expresado por el juez presidente José Trías Monje de que nuestra Constitución es una de factura más ancha que la federal, inspirándose en la Declaración de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y en su propio sentido de justicia.¹⁵ Por ello, ha reconocido derechos adicionales y un respeto cuidadoso y firme a la voluntad de los electores por encima de cualquier otra consideración. No obstante, la historia del derecho electoral en Puerto Rico ha mostrado un progresivo debilitamiento, a mi entender, altamente preocupante. Veamos algunos ejemplos.

i. El Plebiscito de 1998

El Plebiscito de 1998, convocado por el gobernador Pedro Rosselló González, adoptó por primera vez en la historia definir las alternativas de sus adversarios. A diferencia del Plebiscito de 1993, donde cada grupo proponente de una fórmula definió su propuesta en la papeleta, en esta ocasión una de las partes definía todas las opciones. Esto plantea un serio problema de democracia y libertad, pues no se respeta la libertad del pueblo y del elector de tener opciones, ni de los adversarios de impulsar libremente sus intereses como un derecho de asociación y expresión.

En 1993, el Tribunal Supremo había determinado que se debía ofrecer una alternativa para los electores que en un plebiscito no estuvieran de acuerdo con las fórmulas propuestas. Eso provocó que en el Plebiscito de 1998 se incluyera una quinta columna conocida como *ninguna de las anteriores*. Esta ganó la consulta

¹³ JOHN HART ELY, DEMOCRACY AND DISTRUST 120 (1980) (énfasis suplido). Véase además, la famosa nota 4 de *United States v. Caroline Products*, 304 U.S. 144, 152 n.4 (1938).

¹⁴ ZAKARIA, *supra* nota 10, en las págs. 20-21.

¹⁵ Véase *ELA v. Hermandad de Empleados*, 104 DPR 436, 440 (1975) (“En segundo término, se quería formular una Carta de Derechos de factura más ancha que la tradicional, que recogiese el sentir común de culturas diversas sobre nuevas categorías de derechos. De ahí que la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre ejerciesen una influencia tan significativa en la redacción de nuestra Carta de Derechos”).

con el 50.3% de los votos. No obstante, esa alternativa sería intervenida más adelante por el Tribunal Supremo en el caso de *Suárez Cáceres*.¹⁶

Luego de celebrado el plebiscito, la Secretaria de Estado en ese entonces publicó los resultados sin incluir la votación mayoritaria de “ninguna de las anteriores”, lo cual provocó un *mandamus* del Tribunal Supremo de Puerto Rico obligándola a publicar los resultados según certificados por el organismo electoral.¹⁷

ii. Nombramientos al Tribunal Supremo

Por otro lado, en 1994 se intentó ampliar el número de jueces del Tribunal Supremo de siete a nueve mediante una enmienda constitucional. Luego de desarrollar una campaña contra la judicatura con fuertes ataques a su independencia, el pueblo derrotó la propuesta. No obstante, al comenzar el término del gobernador Luis Fortuño Buset, este ocupó por nombramiento las tres vacantes del Tribunal Supremo. Luego, la nueva mayoría de dicho cuerpo solicitó se enmendase la composición del mismo a nueve para permitir dos nuevas vacantes a ser llenadas. O sea, la ocupación del Tribunal Supremo desautorizada por el Referéndum de 1994, ahora se lograba por otros medios.

iii. Suárez Cáceres v. CEE

El Tribunal Supremo de Puerto Rico decidió en el año 2009 el caso de *Suárez Cáceres v. CEE*, una controversia entre dos candidatos del Partido Popular Democrático para llenar una posición como legislador por adición en la legislatura.¹⁸ A pesar de que ninguna de las partes lo planteó ni se discutió, el Tribunal por iniciativa propia revocó el caso de *Sánchez y Colón v. ELA I*.¹⁹ La decisión fue aprobada con los votos de una nueva mayoría recién designada y confirmada. Esta decisión anulaba el derecho que ejerció más del cincuenta por ciento del electorado en 1998, quienes votaron por *ninguna de las anteriores*. En términos de derecho electoral, es la decisión que más franquicias ha vulnerado en nuestra historia, ya que eliminó un derecho usado por la mayor parte de nuestros electores.

iv. Com. PNP v. CEE

El Tribunal Supremo adoptó la decisión en el caso de *Com. PNP v. CEE*, citado anteriormente, a petición de los líderes legislativos y el partido de gobierno revocando una decisión anterior de 1994 y extendiendo a los plebiscitos y referéndums los controles de los anuncios del gobierno durante procesos electorales. Esta prohibición, vigente desde 1974 por iniciativa del gobernador Rafael Hernández

¹⁶ *Suárez Cáceres v. CEE*, 176 DPR 31 (2009).

¹⁷ Véase *Báez Galib v. Rosselló González*, 147 DPR 371, 373 (1999).

¹⁸ *Suárez Cáceres*, 176 DPR en la pág. 31.

¹⁹ *Id.* en las págs. 72-74.

Colón, impide el uso de fondos públicos para fines políticos durante las elecciones, requiriendo su aprobación previa por el organismo electoral. En 1994 el Tribunal Supremo extendió la aplicación de esta normativa a los plebiscitos y otros eventos electorales. Así, no hubo problemas en los eventos de 1998 y 2012. Esta controversial decisión, sin embargo, la discutimos con más detalle en otra sección de este escrito.

v. Designación del exjuez Rafael Ramos Sáenz a la presidencia de la Comisión Estatal de Elecciones

El gobernador Ricardo Rosselló Nevares anunció en enero de 2018 la designación del nuevo presidente de la Comisión Estatal de Elecciones (en adelante, “CEE”), el Hon. Rafael Ramos Sáenz, a pesar de que este Juez estaba en abierta violación de la Constitución y las leyes, pues participaba de campañas políticas a favor del propio Gobernador.²⁰ Cuando advino en conocimiento público la participación del juez Ramos Sáenz en un *chat* político junto a los dos principales ayudantes del Gobernador, le fue solicitada la renuncia ese mismo día y el mismo Gobernador que le nombró lo refirió al Departamento de Justicia, quienes radicaron cargos criminales.

III. HACIA EL CEMENTERIO DE PALABRAS: COMISIONADO DEL PNP V. CEE

A. *Trasfondo histórico: la veda electoral*

Durante el año 1972, los publicistas del Gobierno emprendieron una campaña de anuncios en los diferentes medios de comunicación con el fin de mejorar su imagen cerca del evento electoral que se aproximaba. Ese uso de fondos públicos para influenciar las elecciones trajo consigo una airada reacción de la oposición y parte de la opinión pública. Esta era la primera ocasión en nuestra historia que surgía una situación donde se usaban fondos públicos en anuncios pagados para elevar la imagen del Gobierno previo a un proceso electoral. Los anuncios sobre carreteras, número de turistas, fábricas abiertas, viviendas y obras eran normalmente el contenido de la propaganda de los partidos en años electorales, no del Gobierno.

La Constitución en su Artículo VI Sección 9 dispone taxativamente el uso de fondos públicos solo para fines públicos.²¹ El impugnar ese tipo de gasto en los tribunales normalmente toma más tiempo que lo que resta del proceso electoral por lo cual, cualquier medida para ser efectiva tiene que ser preventiva.

²⁰ CONST. PR art. V § 12. La Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico prohíbe expresamente la participación de los jueces en cualquier tipo de campaña política.

²¹ *Id.* art. VI § 9.

El 1 de febrero de 1974, el gobernador Rafael Hernández Colón firmó las disposiciones que trajeron la veda electoral a la vida jurídica. El artículo pertinente requería la aprobación previa durante el año de las elecciones de los anuncios de gobierno por el Tribunal Electoral.²² Esta norma legal, plasmada en el Artículo 3-014, se ha mantenido vigente con varias enmiendas, pero fiel a sus esencias:

Se prohíbe el que cualquier agencia de gobierno incurra en gastos en el uso de cualquier medio de difusión en que se expongan los programas, proyectos, logros realizaciones y/o planes o proyecciones futuras, desde el día primero de enero hasta la fecha de la celebración de la elección general, excepto aquellos anuncios de prensa requeridos por ley. Asimismo, se exceptúan aquellos anuncios que sean utilizados para difundir información de interés público, de urgencia o emergencia, pero [e]stos se permitirán s[o]lo con la autorización previa del Tribunal Electoral.²³

Esta disposición electoral ha sobrevivido desde entonces con ligeras modificaciones ocupando un sitio de orgullo en el perfil del derecho electoral puertorriqueño. Con el paso de los años la CEE, sucesor del Tribunal Electoral, fue incorporando un nutrido aval de decisiones y reglas que han abonado al uso prudente de los recursos públicos y sobre todo al sentido de igualdad en la contienda electoral.

En el año 1994 el Gobierno de turno decidió celebrar un referéndum para enmendar la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico. Como parte de ese esfuerzo, se comenzó a publicar una serie de anuncios en los medios de comunicación con fondos de diferentes agencias de gobierno.

El Tribunal Supremo de Puerto Rico, aplicando consistentemente la teoría de que el Derecho Constitucional es fuente para crecer en los derechos del pueblo, y aplicando las diferentes cláusulas constitucionales, decidió extender la prohibición de anuncios no autorizados fundamentando su decisión de la siguiente manera:

El concepto de igualdad económica, con relación a la distribución de fondos públicos en el proceso electoral, impide que un partido que ostente el poder de gobernar al pueblo en un momento dado utilice fondos públicos para tomar ventaja indebida dirigida a promover su postura. El Art[ículo] 8.001 [de la *Ley Electoral de 1977*], es precisamente una medida preventiva para que no ocurra dicha práctica indebida.²⁴

Esa decisión permaneció como el derecho vigente hasta el año 2017 sin problema alguno. Se usó sin excepción en los plebiscitos y referéndums celebrados

²² Véase Ley para establecer el Código Electoral del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, crear el Tribunal Electoral de Puerto Rico, crear el Fondo Electoral, e imponer penalidades, Ley Núm. 1 de 13 de febrero de 1974, 1974 LPR 3 (derogada 1977).

²³ *Id.* art. 3-014.

²⁴ PPD v. Gobernador II, 136 DPR 916, 926 (1994).

desde 1994 a 2016 hasta que se produjo la decisión de *Comisionado del PNP v. Comisión Estatal de Elecciones*.

B. Com. PNP v. CEE

El caso de *Com. PNP v. CEE* de 19 de abril de 2017 invalidó esta norma. Revocando el caso de *PPD v. Gobernador II*, el Tribunal Supremo expresó: “En dicho caso, una mayoría de este Tribunal violó los principios más básicos de hermenéutica, autolimitación judicial y separación de poderes al interpretar el Artículo 8.001 de la *Ley Electoral del 1977*, y extender la veda electoral gubernamental allí dispuesta a escenarios electorales no contemplados por la Asamblea Legislativa”.²⁵ Sin embargo, se limitó a expresar que en ese caso el Tribunal erró al atender la controversia prematuramente.²⁶

El Tribunal Supremo también sostuvo que el principio de igualdad económica no es de estirpe constitucional y, citando un artículo de revista jurídica del juez asociado Martínez Torres, lo invalidó: “Ciertamente, ‘se ha utilizado la facultad de la Rama Judicial de ser la máxima intérprete de la Constitución para extender indebidamente el significado del texto de ese documento magno, con el propósito de inventarse derechos inexistentes, sin tener que aprobar una ley a esos efectos ni enmendar la Constitución’”.²⁷

Dispuso, además que “las partes en *PPD v. Gobernador II*, debieron haber presentado, de tener prueba para ello, un *injunction* para vindicar sus derechos al amparo de la referida Sección 9 del Art. VI de la Constitución de Puerto Rico”.²⁸ Esta decisión fue aprobada cinco votos a cuatro con cuatro intensas opiniones disidentes. La jueza presidenta Maite Oronoz Rodríguez señaló que:

[U]na mayoría de este Tribunal considera que el axioma constitucional de igualdad electoral consagrado en nuestra jurisprudencia violenta sus nociones ofuscas de razón y de justicia. Bajo esa impresión maltrecha de lo que significa una sociedad verdaderamente democrática e igualitaria, revocan una normativa de veda publicitaria que aplicaba al caso ante nosotros y merecía el más vigoroso amparo de este Foro. No puedo estar en mayor desacuerdo y, por lo tanto, disiento.²⁹

Y luego continuó expresando que:

²⁵ *Com. PNP v. CEE*, 197 DPR 914, 918 (2017) (cita omitida). Adicional, señala que: “El hecho de que este Tribunal sea el máximo intérprete de la Constitución de Puerto Rico no le da carta blanca para que acuda a esta ilimitadamente, sin la correspondiente solicitud de las partes”. *Id.* en la pág. 926. Esta norma no es consecuente con lo que el propio Tribunal hizo en el caso de *Suárez Cáceres v. CEE*, donde el Tribunal invalidó un precedente no discutido ni alegado ni necesario para decidir la controversia planteada. *Suárez Cáceres v. Com. Estatal Elecciones*, 176 DPR 31 (2009).

²⁶ *Com. PNP*, 197 DPR en la pág. 928.

²⁷ *Id.* en la pág. 932 (citando a Rafael Martínez Torres, *El originalismo como método de interpretación constitucional y la separación de poderes*, 49 REV. JUR. UIPR 249, 249 (2015)).

²⁸ *Id.* en la pág. 933 (cita omitida).

²⁹ *Id.* en la pág. 946 (Oronoz Rodríguez, opinión disidente).

La mayoría del Tribunal descarta nuestros pronunciamientos anteriores como un invento; como una constitucionalización ilegítima. Sorprendentemente, no expresa justificación alguna para abandonar el mentado axioma de igualdad electoral, sino que reduce su análisis a la ausencia de bases constitucionales al respecto. Ignora, así, fundamentos potenciales a nivel federal, como los señalados por el profesor Nelson Tebbe, quien sostiene que la propaganda gubernamental irrestricta también contraviene principios de debido proceso ley, igual protección de las leyes y libertad de expresión.³⁰

Por su parte, la juez Anabelle Rodríguez Rodríguez manifestó:

Más grave aún, este alegado razonamiento textual, pone en evidencia un preocupante desconocimiento del texto constitucional que se interpreta. Así, la Sección 19 del Artículo II de la Constitución del Estado Libre Asociado dispone que “[l]a enumeración de derechos que antecede *no se entenderá en forma restrictiva ni supone la exclusión de otros derechos pertenecientes al pueblo en una democracia, y no mencionados específicamente*”. Con lo cual, nuestro texto constitucional contiene su propio canon interpretativo en materia de la Carta de Derechos.³¹

La juez Rodríguez Rodríguez señaló que la *Ley del plebiscito* incorporó supletoriamente el ordenamiento electoral normal y no hay razón para interpretar lo contrario ni récord a esos efectos.³² Además, mencionó que:

Todo lo cual me lleva a concluir que invocar la tesis de “análisis textualista” no es más que un subterfugio para encubrir un activismo ideológico judicial, que lleva a la mayoría a ningunear nuestra Constitución, a limitar los derechos de la ciudadanía y a abandonar precedentes establecidos, para así obtener ventajas pasajeras en procesos electorales ideológicos. *¡Qué lástima!*³³

De otra parte, el juez asociado Estrella Martínez indicó que hay una ley federal que obliga a que la información del gobierno sea objetiva y no partidista, y que esta decisión corre contraria a dicho mandato. Aseveró que someter cualquier querrela de uso indebido de fondos a un proceso de probar daños como obliga la mayoría es dificultar el acceso a la justicia. Con singular elocuencia expresó:

Anteriormente, he advertido que esa lectura del Derecho Constitucional convierte las garantías ciudadanas que emanan de la Constitución en meramente un cementerio de palabras. Hoy, la igualdad se acerca más a la tumba del cementerio constitucional con acciones como [e]stas. Como situación agravante, se elimina la posibilidad de impugnar de su faz normas reglamentarias y resoluciones de la naturaleza que nos ocupa, y la ciudadanía tendrá que esperar y probar que se sufrieron

30 *Id.* en la pág. 958.

31 *Id.* en la pág. 968 (Rodríguez Rodríguez, opinión disidente).

32 *Id.* en las págs. 962-72.

33 *Id.* en la pág. 970.

daños particulares en el evento electoral para tener algún éxito en el reclamo de igualdad.³⁴

Y finalmente, el juez asociado Ángel Colón Pérez disintió, identificando un patrón de limitación de los derechos de la ciudadanía, sobre lo cual expresó:

La postura que asume una mayoría de esta Curia, al amparo de una lectura desacertada, literal y positivista de las provisiones legales aplicables . . . conlleva la revocación de uno de nuestros *stare decisis* mejores pensados y estructurados en materia de derecho electoral. Como si ello no fuera suficiente, tal dictamen acarrea, indudable e inequívocamente, un atentado contra el derecho fundamental de cada puertorriqueño y puertorriqueña al voto, libre de coacción por parte del Estado.

Esta nefasta actuación tiene el efecto de permitir que las agencias del Estado se arroguen de fondos públicos en el contexto de la celebración de eventos electorarios.³⁵

Estas expresiones de cuatro de nuestros jueces del Tribunal Supremo comunican una sentida pérdida de valores democráticos centrales a nuestro quehacer de pueblo. ¿Están exagerando los peligros de la misma? Esta opinión es parte de un patrón de allegar poder para influenciar la conducta y el control electoral. ¿Se está perdiendo la fe en la imparcialidad de los procesos electorales? ¿Afecta nuestra democracia de verdad?

CONCLUSIÓN

Nuestra evaluación de los principios y experiencias aquí relacionadas frente a la situación de la democracia puertorriqueña me lleva a concluir que Puerto Rico tiene una base sostenida y sostenible de sus procesos democráticos, inspirada por su Constitución y una tradición de limpieza electoral. No obstante, han existido intentos continuos por minar la independencia de los procesos electorales y controlar los mismos, los cuales no han prevalecido en ocasiones por resistencia heroica de algunos y fortaleza de sabiduría democrática en otros. Lamentablemente, la tendencia reciente parece ir en otra dirección.

Las instituciones como el Tribunal Supremo han debilitado su respeto público con determinaciones que minan la confianza de sectores importantes de la sociedad en cuanto a su independencia de agendas ideológicas. En tiempos recientes hemos visto de manera contundente un giro hacia limitar en vez de expandir derechos, y a dificultar accesos en vez de facilitarlos a servir las causas propias sobre las de Puerto Rico. De hecho, un joven juez del Tribunal Supremo de Puerto Rico, libre en su entendimiento, nos ha advertido que estamos convirtiendo la Constitución en *un cementerio de palabras*.

34 *Id.* en la pág. 975 (Estrella Martínez, opinión disidente) (énfasis suplido).

35 *Id.* en la pág. 978 (Colón Pérez, opinión disidente).

El organismo electoral también se ha debilitado en su respeto público, al punto de tener bajo investigación criminal al pasado presidente del mismo por ser un activista político del partido en el poder disfrazado de juez.

Estamos a tiempo de evitar peligros mayores si adquirimos conciencia de la gravedad de la situación y actuamos para cambiar el rumbo. Las instituciones judiciales y electorales están a tiempo de retomar las riendas constructivas, afirmando con acciones su imparcialidad, la selección cuidadosa de sus líderes, el uso juicioso de sus fondos y personal, y evitar controversias donde puedan sembrar consensos. Esa es la mejor tradición de nuestra gente y el pueblo ha respondido con altos índices de participación y respeto.

Hay que saber diferir democráticamente sobre los fines y programas, pero a la misma vez buscar consenso en los asuntos procesales que encaminen la toma de decisiones de forma que se respeten sus resultados no importa el contenido de los mismos. Que impere el concepto de mayorías temporeras y la humildad de que representa la conciencia de que es al pueblo al que le toca decidir y valorar sus mayorías y sus minorías. Esa es la convocatoria.

Debemos recordar que en el derecho electoral los detalles mandan.³⁶ A modo conclusivo, expongo algunas reflexiones puntuales producto de mi experiencia en este campo, las cuales he recogido en mi ser a través de los años:

1. La confiabilidad en las elecciones no se legisla.
2. La ingenuidad se paga cara en los asuntos electorales.
3. Las leyes que no se ponen en vigor benefician al que las incumple y perjudican al que las cumple.
4. Los sistemas electorales tienen que ser preventivos y no pueden depender de la persecución de sus violaciones.
5. Los sistemas tienen que ser administrables para ser confiables.
6. La confusión tiende a favorecer a los fuertes y debilitar las minorías.
7. El ver los derechos individuales sin aquilatar sus repercusiones acumulativas es una invitación al desastre.
8. Permitir que los que ejercen el poder determinen la exclusión del derecho al voto de sus adversarios es invitar a la destrucción de la democracia. Por ello la independencia de los tribunales que revisan los asuntos electorales es esencial en una democracia.
9. La integridad de los organismos electorales y su confianza pública incide de manera proporcional sobre la participación electoral.
10. No se deben alterar las normas luego de comenzado un proceso electoral salvo que sea imprescindible.

³⁶ Véase Héctor Luis Acevedo, *La democracia puertorriqueña y su sistema electoral*, en PUERTO RICO Y SU GOBIERNO: ESTRUCTURA, RETOS Y DINÁMICAS 288, 321-322 (Héctor Luis Acevedo ed., 2016).